

# LEO GRAF THUN UND DAS NATURRECHT

Von *Adalbert Langer*

## 1.

Zu den bewußten Böhmen, die das alte Österreich mitgeprägt haben, gehört in besonderer Weise Leo Graf Thun-Hohenstein aus Tetschen (1811—1888)<sup>1</sup>. Als Minister des Cultus und Unterrichtes (1849—1860) hat er innerhalb einer weitreichenden Studienreform auch eine Neuordnung des Rechtsstudiums durchgesetzt, die von einer betonten Abneigung gegen das damalige Naturrecht ausging und bis in die Gegenwart wirksam geblieben ist.

Durchführung und Erfolg der gesamten Universitätsreform Thuns sind ausführlich erforscht worden<sup>2</sup>, desgleichen die Entwicklung seiner Persönlichkeit im böhmischen Raum<sup>3</sup>. Einiges bleibt jedoch noch über die Hintergründe und Folgen seiner Ablehnung des Naturrechts zu sagen und dem ist etwas über die Naturrechtslehre vorzuschicken, insbesondere wie sie an der kaiserlichen Universität in Wien und an der Prager Universität gelehrt wurde — letztere hat Thun 1827—1831 besucht.

Den Ländern der böhmischen Krone entstammten überdies auch Thuns Gegenspieler: der Präsident des Reichsrates, Karl Friedrich Kübeck, Freiherr von Kübau,

<sup>1</sup> Wurzbach, Constantin von: Biographisches Lexikon des Kaiserthums Österreich. Bd. 45, 1882, S. 54 f. — Helfert, J. A. von: Graf Leo Thun. Lehr- und Wanderjahre. Österr. Jahrbuch 15 (1891) 123—212. — Frankfurter, Salomon: Graf Leo Thun-Hohenstein, Franz Exner und Hermann Bonitz. 1893. — Bretholz, Berthold in: Sudetendeutsche Lebensbilder. Bd. 3, 1934, S. 301 f. — Lentze, Hans in: Neue österr. Biographie. Bd. 15. Wien 1963, S. 74 f. — Prinz, Friedrich in Bosl, Karl (Hrsg.): Lebensbilder zur Geschichte der böhmischen Länder. Bd. 2. München 1976, S. 139 f.

<sup>2</sup> Meister, Richard: Die Universitätsreform des Ministers Graf Thun-Hohenstein. Inaugurationsrede. Wien 1949. — Lentze, Hans: Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein. 1962, S. 62 f., mit umfassenden Vorarbeiten: Graf Thun und die voraussetzungslose Wissenschaft. Festschrift für Karl Eder zum 70. Geburtstag. Innsbruck 1959, S. 197—209. — Ders.: Graf Thun und die deutsche Rechtsgeschichte. Österr. Juristenzeitung 19 (1953) 334—335 und MIOG 53 (1955). Festgabe für Hugo Hantsch, S. 500—521. — Ders.: Die romantisch-konservative Richtung der deutschen Rechtsgeschichte. Geschichtsfreund. Mitteilungen des historischen Vereins der fünf Orte 106 (1953) 5—37. — Als Nachklang d. ers.: Naturrecht und historische Schule in der österr. Rechtswissenschaft. Wissenschaft und Weltbild 23 (1970) 38—44. — Über Folgen und Folgerungen Ogris, Werner: Die Historische Schule der österr. Zivilistik. Festschrift für Hans Lentze. 1969, S. 458—496. — Lhotsky, Alphons: Das Ende des Josephinismus. Epilegomena zu Hans Lentzes Werk über die Reformen des Ministers Grafen Thun.

<sup>3</sup> Thienen-Adlerflycht, Christoph: Graf Leo Thun im Vormärz. 1967, S. 67 f. — Lentze: Universitätsreform 80, ausführlicher Anm. 80f.

aus Iglau in Südmähren (1780—1855), noch ein Spätjosephinist und altgedienter Beamter<sup>4</sup> und der „Repräsentant der Biedermeierkultur“ und gleichfalls Spätjosephinist Andreas Freiherr von Baumgartner (1793—1865) aus Friedberg in Südböhmen, zunächst Professor der Physik, dann Leiter staatlicher Wirtschaftsbetriebe und 1848 Minister für öffentliche Arbeiten, seit 1851 Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten und schließlich dazu Finanzminister und Präsident der Akademie der Wissenschaften<sup>5</sup>. Als Landsmann, Lehrer und Förderer Adalbert Stifters wurde er zum Vorbild des Risach in dessen Nachsommer und auf ihn wird das Lob des Kleinen in der Einleitung zu den Bunten Steinen zurückgeführt<sup>6</sup>. Der dritte — und eifrigste — Feind der Reform, der Justizminister Karl Freiherr von Krauß (1789—1881), entstammte einer aus Bayern eingewanderten Beamtenfamilie. In Lemberg geboren, stand er zunächst im Verwaltungs- und Justizdienst in Galizien<sup>7</sup>. Hier konnte er zwangsläufig Männern aus dem böhmischen Raum begegnen<sup>8</sup>.

## 2.

Das damals weithin verdrängte Naturrecht lag noch dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 zugrunde, das es noch bei Gesetzeslücken angewendet haben wollte<sup>9</sup>, und ist in den letzten Jahren wieder (wieder einmal) in den Vordergrund getreten, ja bis in Grundgesetz und Rechtsprechung vorgedrungen<sup>10</sup>. Auch seine allgemeine Bedeutung als geistesgeschichtliche Erscheinung rechtfertigt einen etwas ausführlicheren Überblick.

Das Naturrecht gilt als so alt wie das menschliche Denken. „Es gibt nicht viele Begriffe, die so viel Vergewaltigung erleiden mußten, — sicherlich aber auch wenige, die eine so stolze und große Tradition und Vergangenheit haben — und so viel Zukunft ...“ In „ewiger Wiederkehr“ tritt es immer wieder „mit historisch wech-

<sup>4</sup> Wurzbach XIII, 1865, 303 f. — Walter, Friedrich in: Neue österr. Biographie. Bd. 16. Wien 1965, S. 50 f.

<sup>5</sup> Wurzbach II, 1856, 141 f. — Lentze, Hans: Andreas Freiherr von Baumgartner und die Thun'sche Studienreform. Anzeiger der österr. Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse (1959) 161 f., 163, 177.

<sup>6</sup> Hein, A. R.: Adalbert Stifter. 1952, S. 59, 110 f., 556. — Bardachzi, K.: Andreas Freiherr von Baumgartner als Risach in A. Stifters Nachsommer, und als Vorbild und Wegweiser. Anzeiger der Österr. Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse (1951) Nr. 11, S. 139 f.; (1950) Nr. 23, S. 523 f.

<sup>7</sup> Österr. Biogr. Lexikon XIV, 230.

<sup>8</sup> Siehe Anm. 63.

<sup>9</sup> § 7: „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, oder auf die Gründe anderer damit verwandter Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

<sup>10</sup> Art. 2/3: „... die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht. 121963, S. 63. — Langner, Albrecht: Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik. 1959. — Müller, Gebhard: Naturrecht und Grundgesetz. Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts. Würzburg 1967.

selndem Inhalt“<sup>11</sup> neu gewandelt und gewandelt auf, dem Gesetzgeber vorgegeben, aufgegeben, übergeordnet.

Sein heftigster Feind und Verfolger Karl M. Bergbohm (1849—1927) hat ihm schließlich gleichfalls seine Allgegenwart und Unausrottbarkeit bescheinigt. Er verneint „die Vorstellung von einem Recht, das von menschlicher Setzung unabhängig ist“. Der von ihm vertretene Rechtspositivismus spricht nur dem menschlichen Gesetzgeber die Macht zu, durch Gesetz Recht zu schaffen. Gesetz ist ihm nicht mehr nur naturrechtlich Vollzugsorgan einer schon gegebenen und vom Menschen zu erkennenden, zu findenden Rechtsordnung, sondern ebenso frei von Recht und Billigkeit wie von den Geboten der Moral<sup>12</sup>. Der Bahnbrecher der Rechtssoziologie Eugen Ehrlich<sup>13</sup> erklärt das schließlich als naturrechtsfrei, absolut angenommene, hingenommene Gesetzesrecht damit, daß „wir alle Kinder des Beamtenstaates“ geworden waren, der sich seit Jahrhunderten entwickelt hatte. „Vom eigentlichen Beamtenstandpunkt aus ist aber das Recht nichts anderes als ein Befehl des Staates an seine Beamten“<sup>14</sup>.

Das nun nach den Erfahrungen von 1933—1945 neu aufbrechende Naturrechtsschrifttum ist kaum mehr zu überblicken<sup>15</sup>. Aufschlußreich sind die Bekenntnisse und — in der Folgezeit zunehmenden — Bedenken in zahlreichen nach 1945 erschienenen Aufsätzen<sup>16</sup>. Gustav Radbruch hatte einst dem Rechtspositivismus geradezu eine „ethische und philosophische Weihe gegeben“<sup>17</sup>. Nun wurde er zum

<sup>11</sup> Rommen, Heinrich: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts. 21947, S. 9, 140 f.

<sup>12</sup> Bergbohm, K.: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. 1, 1892, S. 1, 111 f., 120, 122, 128 f., 130, bei Manser, Gallus E.: Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung. 1944.

<sup>13</sup> Geb. 1862 in Czernowitz, daselbst bis 1918 Professor, gest. in Wien 1922 (Österr. Biogr. Lexikon Bd. 1, 1957, S. 22. — Sinzheimer, Hugo: Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft. 1952, S. 187 f.).

<sup>14</sup> Ehrlich, Eugen: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903, S. 7, zitiert nach Messner, Johannes: Das Naturrecht. 21953, S. 234.

<sup>15</sup> Hier wurden außer Manser und Rommen besonders herangezogen: Sauter, Joh.: Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. 1931. — Schönfeld, Walter: Grundlegung der Rechtswissenschaft. 1951. — Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 1952. — Verdroß, Alfred: Abendländische Rechtsphilosophie. 1963. — Ders.: Statisches und dynamisches Naturrecht. 1971. — Schmölz, F.-M. (Hrsg.): Das Naturrecht in der politischen Theorie. Referate und Diskussionen (Symposion auf der Edmundsburg zu Salzburg). Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 13 (1963), hier insbes. Kelsen, Hans: Die Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 1—37, 148, und Marcic, René: Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung, S. 67—90; zusammenfassend mit besonderer Beachtung Österreichs Langer, Ad.: Zu den Quellen des Rechtsdenkens bei Adalbert Stifter. 1968.

<sup>16</sup> Z. B. Maihöfer, Werner, (Hrsg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus. 1962. — Böckle, Franz/Böckenförde, E. W. (Hrsg.): Naturrecht in der Kritik. 1973.

<sup>17</sup> Wetzel, Hans: Naturrecht und Rechtspositivismus. Festschrift für H. Niedermeyer. 1953, S. 279—294, bei Maihöfer 322, mit Hinweis auf Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 21932, S. 83 f.: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist ... Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, niemals ob es auch gerecht sei.“

Bekenner des Naturrechts<sup>18</sup>. Hans Kelsen (1881—1973), der 1933 Köln verlassen mußte und 1936—38 in Prag lehrte, gab mit seiner reinen Rechtslehre trotz selbst erlittener Verfolgung dagegen weiterhin dem verfassungsmäßigen Zustandekommen eines Gesetzes den Vorzug vor der Gerechtigkeit seines Inhaltes<sup>19</sup>, anerkannte aber gleichwohl als Quelle der vom Naturrecht gesuchten Norm die Natur der Sache<sup>20</sup>. Ihr und ihrer Geschichte hatte bereits Radbruch eine eigene Untersuchung gewidmet<sup>21</sup>, der noch anderweitige folgten<sup>22</sup>. Daß das Naturrecht in der Zwischenzeit wieder etwas seinen Höhepunkt überschritten hat, gehört zu seinem Schicksal<sup>23</sup> und wird für das Rechtsleben damit erklärt, daß es weithin insbesondere im Verfassungsrecht zum gesetzten Recht wurde<sup>24</sup>. Andererseits wird auch seine weltweite Geltung in verschiedener Gestalt erkannt<sup>25</sup>, sogar im Marxismus<sup>26</sup>. Und immer wieder ergeben sich neue Gesichtspunkte<sup>27</sup>. In der nun vordringenden Rechtssoziologie hat das Naturrecht nur geringes Ansehen; doch das wird auch bedauert, weil eine Verwandtschaft zwischen beiden herauszufinden sei<sup>28</sup>.

Was in der griechischen Philosophie besonders durch Aristoteles erarbeitet und durch die Araber lebendig erhalten worden war, hat für unser Abendland Thomas von Aquin (1227—1274) eingebracht und in Verbindung mit der von Plato ausgehenden Lehre des hl. Augustinus theologisch ausgebaut. Nicht vom Glauben, sondern von Vernunft und Erfahrung ausgehend, ließ er sich den Weg von der Natur der Sache weisen und leitete das zu verfolgende Endziel des Menschen von

<sup>18</sup> „Die Rechtswissenschaft muß sich wieder auf die jahrtausendalte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen, daß es ein höheres Recht gebe als das Gesetz, ein Naturrecht, ein Gottesrecht, ein Vernunftsrecht, kurz ein übergesetzliches Recht, an dem gemessen Unrecht Unrecht bleibt, auch wenn es in die Form des Gesetzes gegossen ist ...“ Radbruch, G.: Die Erneuerung des Rechts. Die Wandlung, 1947, S. 8—16. — Maihöfer 2.

<sup>19</sup> „Vom Standpunkt der Rechtswissenschaft ist das Recht unter der Naziherrschaft ein Recht. Wir können es bedauern, aber wir können nicht leugnen, daß das Recht war.“ (Schmölz 148). Trotzdem beobachtet Marcic eine Verwandtschaft zwischen Kelsens Lehre und Naturrecht, die beide von verschiedenen Seiten ausgehen, aber dasselbe Ziel suchen (Schmölz 77, 90).

<sup>20</sup> Schmölz 4.

<sup>21</sup> Radbruch, G.: Die Natur der Sache als juristische Denkform. Festschrift für Rudolf Laun, 1948, und Sonderausgabe 1960 u. 1964.

<sup>22</sup> Schambeck, Herbert: Die Begriffe der „Natur der Sache“. 1964. — Neusüß, Wolfgang: Gesunde Vernunft und Natur der Sache. 1970.

<sup>23</sup> Rommen, Gegenstimmen bei Maihöfer, ferner Böckle/Böckenförde.

<sup>24</sup> Müller, Gebhard 13 f.

<sup>25</sup> Kunz, Joseph L.: Pluralismus der Naturrechte und Völkerrecht. Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht N. F. 6 (1955) 215 f.

<sup>26</sup> Szabo, Imre: Budapest, Marxismus und Naturrecht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LXV/4, S. 503 f.

<sup>27</sup> Z. B. Kuběš, Vladimir: Das moderne Naturrecht und der Versuch um die rationale Bewältigung der volitiven Sphäre. (Österr.) Juristische Blätter (1980) 57—62.

<sup>28</sup> Selznick, Philip: „A modern version of natural law philosophy is needed for a proper understanding of the law as well as for the fulfillment of sociology's promise.“ From Center Discussions in 1962—63 in the Center's book, Natural Law and Modern Society (World 1963). — The Center Magazine, published by The fund for the Republic, Santa Barbara/Cal., Jan./Feb. (1977) 34 ff.



seiner Gottebenbildlichkeit ab. Ihm und seiner Schule entgegengesetzt kam bald im Nominalismus mit Duns Scotus (1270—1308) eine Gegenmeinung auf, die den Willen in den Vordergrund rückte und immer wieder dem thomistischen Realismus entgegenwirkte. Nach Wilhelm von Ockham (1290—1349) sollte der Glaube die Vernunft ersetzen. Nicht auf die dem Menschen einigermaßen erkennbare einmalige Schöpfung, sondern auf den wandelbaren Willen des Schöpfers abgestellt, bahnte dieser Voluntarismus dann über den immer freier werdenden Willen des menschlichen Gesetzgebers den Weg zu Rechtspositivismus und Absolutismus nach der Lehre Nicolò Machiavellis (1469—1527). Dazu gesellte sich die Lehre Luthers von der völligen Verderbnis der menschlichen Natur durch den Sündenfall, die es dem Menschen nicht erlaube, selbst das Rechte und das Recht zu finden.

Die in Thomas verankerte alte Lehre der Scholastik lebte andererseits in Spanien besonders durch Francisco de Vitoria (1480—1546) weiter und hier fand in den damals zu Spanien gehörigen Niederlanden Hugo Grotius (1583—1648) einen Anschluß, der ihn zum Neubegründer des Naturrechts machte, freilich individualistisch gedacht und nicht mehr in Theologie und Moral gebettet. Für viele begann und beginnt das Naturrecht erst mit ihm. So weit war die Vergangenheit in Vergessenheit geraten.

Trotzdem bleibt dann aber bei Samuel von Pufendorf (1632—1694) und Christian Thomasius (1656—1728) noch etwas von der alten Lehre erkennbar und Gottfried Wilhelm Leibniz (1646—1716) griff ebenso wie Christian Wolff (1679—1754) betont auf sie zurück. Die von den beiden bekämpfte naturalistische Denkweise von Th. Hobbes (1588—1679) bis zu J. J. Rousseau (1712—1778) hatte eine vorgegebene Bestimmung des Menschen und der menschlichen Gesellschaft durch die Triebe ersetzt. Dann nahm der Geist der Aufklärung statt der Natur des Menschen als Richtmaß die reine Vernunft. Diese wurde im Rationalismus von einem Erkenntnismittel zur Erkenntnisquelle und mit dem daraus abgeleiteten Sittengesetz gilt I. Kant (1724—1804) als letzter Zerstörer der — freilich besonders durch die Neigung zu Spitzfindigkeiten entkräfteten — Scholastik<sup>29</sup>. Inzwischen wurden Gemeinsamkeiten zwischen beiden erkennbar<sup>30</sup>. Das Naturrecht Kants stellt ebenso wie die ihm folgende rationalistische Metaphysik im Sinne des kategorischen Imperativs auf Zusammenspiel und Ausgleich von Willkür des einzelnen und allgemeiner Freiheit ab<sup>31</sup>. Das Naturrecht muß dabei die regulative Idee hergeben, erschöpfe sich aber in der bloß idealen Geltung<sup>32</sup>. Entgegen allen Verboten war Kants Lehre auch in Österreich und in Böhmen „Mode geworden“ und hatte das hier gelehrt Naturrecht erobert<sup>33</sup>. Als das noch Naturrecht genannte Vernunftrecht in groß angelegten Gesetzeswerken gipfelte, suchte dagegen die Historische Rechtsschule nach einem Halt in dem im Volk gewachsenen Recht. Von Fr. C. von

<sup>29</sup> So insbes. Paulsen, Fr.: Immanuel Kant. 81924, S. 7, bei Vries, Joseph de, SJ: Kantische und thomistische Erkenntnistheorie. In: Lotz, J. B., SJ (Hrsg.): Kant und die Scholastik heute. 1955, S. 1.

<sup>30</sup> Vries 2 u. passim.

<sup>31</sup> Verdroß 142 f.

<sup>32</sup> Dulkeit, Gerhard: Naturrecht und positives Recht bei Kant. 1932, Neudruck 1937, S. 49.

<sup>33</sup> Lentze: Universitätsreform 64.

Savigny (1779—1861)<sup>34</sup> ausgehend, eroberte sie nach und nach die deutschen Lehrstühle<sup>35</sup>. „Trotz der geistigen Absperrung“ fand sie auch in Österreich Eingang<sup>36</sup>. Ihre Triebkräfte (Idealismus und Romantik) klangen bereits 1848 ab, aber gleichwohl hatte sie dem Rechtspositivismus mit den Weg bereitet<sup>37</sup>.

## 3.

Nach diesem zwangsläufig auf Schwerpunkte beschränkten Rückblick kann an die Frage herangetreten werden, was Thun an Naturrechtslehre kennenlernte, kennenlernen konnte.

Nachdem schon 1661 Pufendorf in Heidelberg den ersten Lehrstuhl für Naturrecht erhalten hatte, machte man 1733 in Österreich zunächst einen Versuch in Innsbruck, bevor das Naturrecht 1748 in Prag und dann 1753 in Wien als ordentliches Lehrfach eingeführt wurde<sup>38</sup>. Hier wurde das Fach dem später als Berater Maria Theresias und bei der Verfassung des ABGB zu großem Einfluß gelangten Carl Anton von Martini (1726—1800)<sup>39</sup> anvertraut, der alsbald der beabsichtigten Nationalerziehung<sup>40</sup> gemäß die „reichsdeutschen“ Lehrbücher durch eigene entbehrlich machte<sup>41</sup>. Er lag in der Linie Leibniz-Wolff und wußte die Scholastik zu schätzen. So sind ihm „die Endzwecke der von Gott geschaffenen Dinge ... die ergiebigste Quelle, woraus alle natürlichen Gesetze sicher hergeleitet werden können“<sup>42</sup> und ihm bleibt „die Nachbildung des Geschöpfes nach dem Urbild seines

<sup>34</sup> Savigny, F. C. von: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), auch gegen das ABGB gerichtet: Das Recht wird „erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch die Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere, still wirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“.

<sup>35</sup> Koschaker, Paul: Europa und das römische Recht. 1974, S. 254 f.

<sup>36</sup> Lentze: Graf Thun 502 f.

<sup>37</sup> Wieacker 245.

<sup>38</sup> Martini: Lehrbegriff des Naturrechts. 1799, Neudruck Aalen 1970, S. 104 f. — Schnabel, G. N.: Geschichte der juristischen Fakultät an der vereinigten Carl-Ferdinandeischen Hochschule zu Prag. 1827, I, 67 f.; II, 16. — Klabouch, Jiří: Osvědčené právní nauky v českých zemích [Die Rechtslehren der Aufklärungszeit in den böhmischen Ländern]. 1958, S. 172, 174, 324.

<sup>39</sup> Vorrede des (ungen.) Übersetzers von Martini: Lehrbegriff. 1799, III—XVI. — Wurzbach XVII, 36 f. — Klein-Bruckschwaiger, Franz: Karl Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts. Festschrift für Karl Haff. 1950, S. 120 f. — Ders.: Das Naturrechtssystem Martinis. Tiroler Heimat. Jahrbuch für Geschichte und Volkskunde 16 (1952) 155 f. — Ders.: Die Geschichte der Rechtsphilosophie in der Naturrechtslehre von K. A. von Martini. ZRG 71 (1954) 374 f. u. passim, insbes. unter I, Anm. 211.

<sup>40</sup> Meister, Richard: Die Idee einer österr. Nationalerziehung unter Maria Theresia. Anzeiger der Österr. Akademie der Wissenschaften (1946) 1 ff. — Lentze: Universitätsreform 47 f., 61 f. — Lhotsky, Alphons: Was heißt „Haus Österreich“? Anzeiger der phil.-hist. Klasse der österr. Akademie der Wissenschaften 93 (1956) 155.

<sup>41</sup> Lentze: Universitätsreform 52 f.

<sup>42</sup> Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts. Wien 1783, § I/13, ferner 132: „Die natürlichen Gesetze sind in der Natur des Menschen selbst begründet.“ Sechs Übungen über das Naturrecht. Wien 1783, § XCIX: „Natürliche Gesetze lassen sich aus unserer und der Dinge Natur ableiten.“ Lehrbegriff des Naturrechts. 1799, § 113:

Schöpfers“ maßgebend<sup>43</sup>. In der Richtung folgert er, „daß nicht nur die gesunde Vernunft, sondern auch eine angestellte Erfahrung, eine Lehrmeisterin der Rechte, und natürlichen Pflichten sey“<sup>44</sup>. Das klingt noch nach Thomas<sup>45</sup>, den Martini überhaupt wiederholt zitiert.

Diesen theonomen Realismus Martinis hatte sein Nachfolger im Lehramt und Vollender des ABGB Franz von Zeiller (1751—1828)<sup>46</sup> im Banne Kants<sup>47</sup> aufgegeben und sich durch die „neueren Fortschritte in der Rechtslehre und das veränderte Interesse vieler Naturrechtsgegenstände“ veranlaßt gefühlt, aus dem Lehrbuch Martinis „viele ... zu übergehen, viel dagegen zu ergänzen und auf eine andere Art zu begründen“<sup>48</sup>.

Ähnlich äußerte sich gleichfalls der nun folgende Naturrechtslehrer Franz von Egger (1765—1851)<sup>49</sup>, als er 1809/10 „Das natürliche öffentliche Recht nach den Lehrsätzen des seligen Freyherrn C. A. von Martini vom Staatsrecht mit beständiger Rücksicht auf das natürliche Privatrecht des k. k. Hofrates Franz Edlen von Zeiller“ herausbrachte. Solange man noch „über Martini zu lesen verpflichtet“ sei, brauche man nur noch „kurz andeuten, was noch beizusetzen, wegzulassen oder zu berichtigen sei“. An Zeiller habe er Martinis Werk „bloß durch Unterlegung anderer Prinzipien und eine, dem heutigen Geschmack mehr angemessene Einkleidung, übrigens aber ohne erhebliche Änderung der gezogenen Resultate“, angepaßt, zumal die Jugend öfters etwas verächtlich weglege, „bloß weil der Zuschnitt desselben nicht mehr nach der letzten Mode ist“<sup>50</sup>.

Gleichwohl werden Martinis *Positiones de lege naturali* von 1762 über ein Menschenalter als Grundlage der rechtsphilosophischen Bildung der österreichischen Juristen, besonders in Wien, gewertet<sup>51</sup>. Die dritte deutsche Übersetzung davon, Lehrbegriff des Naturrechts, erschien 1799 und zwar so, „daß auch Unstudierte es mit einer Art von Behaglichkeit lesen, und sich darin unterrichten möchten“<sup>52</sup>.

---

„Gott hat als Schöpfer der Natur seinen Willen nicht durch Worte bekannt gemacht. Die Werke sind es, die ihn zu erkennen geben. Daraus folgt, daß die Endzwecke der geschaffenen Dinge, insofern sie aus dem Wesen und der Natur dieser Dinge erkannt, und durch menschliche freye Handlungen befördert werden können, die reichste Quelle derselben seyen.“

<sup>43</sup> Lehrbegriff I, 1783, § 117.

<sup>44</sup> Sechs Übungen CV.

<sup>45</sup> Z. B. Ex ipsa natura rei jus naturale, Summa 2, 2, 57, 2. Ultimus finis est, Deo assimilari, Summa contra gentes III, 19, ... medium rei est etiam medium rationis, Summa 2, 2, 58, 10. Das der Natur des Menschen Gemäße wird dem gleichgestellt, Summa, 2, 2, 133, 1; 2, 2, 142, 1; Summa contra gentes 3, 26.

<sup>46</sup> Wurzbach LIX, 283 f. — Swoboda, Ernst: Franz von Zeiller. 1931. — Ders.: Franz von Zeiller, der große Pfadfinder auf dem Gebiete der Kultur des Rechts. 1931.

<sup>47</sup> Swoboda, E.: Das ABGB im Lichte der Lehren Kants, insbes. S. 30, 42, 50.

<sup>48</sup> Zeiller, Franz von: Das natürliche Privatrecht. Wien 1802, Vorrede, nicht mehr aber in der Ausgabe von 1819. So dann wieder teilweise die Historische Schule gegenüber Zeiller und seine vormärzlichen Nachfahren (Ogris 490).

<sup>49</sup> Wurzbach III, 1856, 222. — Enzinger, Moritz: Adalbert Stifters Studienjahre. 1950, S. 80 ff. — Langer 8 f.

<sup>50</sup> 1802 und 1840, Vorerinnerung.

<sup>51</sup> Klein-Bruckschwaiger: Naturrechtssystem 155.

<sup>52</sup> Einl. III f.

Görres behandelt die *Positiones de jure civitatis* von 1768 noch in einem Aufsatz von 1832 als vorgeschriebenes Lehrbuch<sup>53</sup>. Zeiller und Egger ließen — gleichfalls im Gegensatz zu Martini — das Naturrecht erst mit Grotius beginnen.

Was wurde nun Thun davon 1827—1831 in Prag geboten? Noch in späteren Jahren klagte er, es sei ihm versagt geblieben, „die bei unserem erbärmlichen juristischen Studienplan versäumten Grundlagen einer richtigen juristischen Bildung nachzuholen“<sup>54</sup>. Es ist aber zu bezweifeln, ob das nur am Unterrichtswesen lag und an der Art, wie er durch das Naturrecht am Beginn seiner Studienzeit in Prag in die Rechtswissenschaft eingeführt wurde.

Die bisherige Annahme eines Tiefstandes der Prager Universität seit dem Dreißigjährigen Krieg<sup>55</sup> wurde nunmehr überzeugend widerlegt und im Gegenteil ihre führende Stellung im katholisch-mitteuropäischen Raum nachgewiesen<sup>56</sup>. Werke Prager Rechtslehrer erschienen auf dem deutschen Büchermarkt<sup>57</sup> und neben reichs-deutschen wurden auch Gelehrte aus anderen europäischen Ländern nach Prag berufen, zwischen 1654 und 1754 ein Drittel. Es verrät wachsende Eigenständigkeit der böhmischen Länder, daß man sich mit der Zeit auf Prager Absolventen beschränkte<sup>58</sup>. Bei den Universitätsreformen unter Maria Theresia war Prag vorangegangen und wurde sogar eher für Wien zum Vorbild als umgekehrt<sup>59</sup>. Wie Naturrecht wurde auch Rechtsgeschichte in Prag früher gelesen als in Wien<sup>60</sup> und Thun selbst ließ den später führend gewordenen Josef Unger (1828—1913) das bürgerliche Recht im Geiste der historischen Schule zuerst in Prag lehren — allerdings ausdrücklich als Versuch gedacht<sup>61</sup>. Der mit Juristen aus den böhmischen Ländern besetzte Böhmisches Senat der Obersten Justizstelle hatte hier bis 1848 das Übergewicht und stellte maßgebliche Mitarbeiter bei den Kodifikationsarbeiten<sup>62</sup>. Als man daran ging, Westgalizien mit einer zeitgemäßen Verwaltung zu versehen, dienten die böhmischen Länder als Vorbild und von hier holte man den Großteil der Beamten<sup>63</sup>. „Bedeutendes zum Aufschwung der Rechtswissenschaft“ in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde der Prager Rechtsfakultät jüngst z. B. von Plöchl nachgesagt<sup>64</sup>.

<sup>53</sup> Historisch-politische Blätter 29 (1854) 731.

<sup>54</sup> Lentze: Universitätsreform 80. — Thienen 72 Anm. 51, mit Hinweis auf Helfert, 94, und Thun-Nachlaß.

<sup>55</sup> Paulsen-Lehmann: Geschichte des gelehrten Unterrichts auf den deutschen Schulen und Universitäten vom Ausgang des Mittelalters bis zur Gegenwart. Bd. 1, 31919, S. 414.

<sup>56</sup> Slapnicka, H.: Besprechung zu Klabouch ZSRG germ 89 (1959) 491 f. (Auf Univ.-Prof. Dr. Helmut Slapnicka gehen zahlreiche wertvolle Hinweise zurück, auch die Anregung zu dieser Arbeit.)

<sup>57</sup> Klabouch 115, 121, 179.

<sup>58</sup> Ebenda 41, 60, 121.

<sup>59</sup> Ebenda 172, 174.

<sup>60</sup> Plöchl, Willibald M.: Die Berufung des Georg Phillips an die Wiener Universität. Jur. Blätter 74 (1952) 242, 243.

<sup>61</sup> Ogris 457.

<sup>62</sup> Klabouch 187, 139, 122 f.

<sup>63</sup> Slapnicka, H.: Galizien und die Rechtsvereinheitlichung in Österreich. Zeszyty naukowe uniwersytetu Jagiellońskiego. 1978, 249 f.

<sup>64</sup> Plöchl, Willibald M.: Theodor Ritter von Pachmann. Festschrift für Nikolaus Grass.



Der erste naturrechtlich spezialisierte Theoretiker in Prag Josef Anton Schuster (1775—1834), 1758 von Wien gekommen, war einer der ersten Schüler Martinis. Seine anspruchsvollen Schriften boten andere eine zuverlässige Grundlage zu weiteren Arbeiten. Im vordringenden Josephinismus fühlte er sich nicht wohl und trat erst wieder in den Vordergrund, als die Aufklärung zu einem konservativen Weg zurückfand <sup>65</sup>.

Auf ihn folgte 1797 Martin Adolph Kopetz aus Kutenplan (1764—1832), der Naturrechtslehrer Thuns, allerdings mehr ein Mann der politischen Wissenschaften. Diese hatte er zunächst in Prag bei Josef Ignaz Butschek aus Freiberg im Kreis Prerau (1741—1821) gehört, einem der ersten und bedeutendsten Schüler des Wiedererweckers der politischen Wissenschaften Joseph von Sonnenfels (1733—1817) und treuem Anhänger seiner Wiener Schule <sup>66</sup>. Kopetz vollendete seine Studien in Wien und kam dort besonders mit Sonnenfels und Egger in dauernde Verbindung. Er vertrat zunächst in Prag Butschek, bevor er Schusters Lehrstuhl übernahm <sup>67</sup>. Von seinem Lehrer Butschek angeregt, verfaßte er schon in der Studienzeit einen „Leitfaden zum Sonnenfelschen Lehrbuch der politischen Wissenschaften“ mit einem bis in Einzelheiten reichenden Streben nach Fürsorge und Gerechtigkeit. Daß dieser Studienbehelf bis 1810 in Österreich vorgeschrieben blieb und so das Sonnenfelsche System konservierte, wird allerdings auf seine Unselbständigkeit zurückgeführt. Nach Arbeiten über das Stempelpatent und über damals zeitnahe Fragen der bewaffneten Neutralität trugen die letzten dreißig Jahre seines Lebens keine erkennbaren wissenschaftlichen Früchte mehr. Das wird auf eine bei vielen Josephinisten aufgetretene Abkühlung in der Zeit der Reaktion zurückgeführt. Vor seinem Tod arbeitete er aber noch an einem unvollendet gebliebenen „Versuch über den Menschen und dessen Bestimmung, über Tugend und Recht, über Verdienst und Schuld“ <sup>68</sup>. Wir wissen nicht, ob er die hier angestauten Gedanken mit in den Vorlesungen untergebracht und angebracht hat. Wir wissen aber von dem Kopetz von Wien her nahe stehenden dortigen Naturrechtslehrer Franz von Egger, daß er auf Tagesfragen einging und eigene Gedanken einfließen ließ <sup>69</sup>.

In den „Vortrag so viel Reiz und Interesse als immer möglich zu legen“, wurde den Professoren eigens aufgegeben <sup>70</sup>. Daß man eher weiterging <sup>71</sup>, wurde von

---

Innsbruck-München 1974/75, S. 353, zitiert nach Walter Doskocil in: Archiv für kath. Kirchenrecht (1979) 251.

<sup>65</sup> Klabouch 185.

<sup>66</sup> Wurzbach II, 1857, 218. — Klabouch 209 f., 259, 282 f.

<sup>67</sup> Wurzbach XII, 1864, 432. — Klabouch 324, 265 u. passim.

<sup>68</sup> Über den Rückzug der Wissenschaft vor der Zensur auch Jarcke bei Lentze: Universitätsreform 194.

<sup>69</sup> Memoiren eines alten Studenten. Neue Freie Presse Wien vom 29. 7. 1865.

<sup>70</sup> So Gubernialdekret Prag vom 21. 3. 1793, ähnlich Verordnung vom 7. 8. 1810 und Instruktion vom 7. 9. 1810 bei N. Schnabel III, 1872, 49 f. Anderwärts wird vom Baumgartner gerühmt, daß die Lehrer in der Regel vieles über die Vorschriften hinaus gut machten und die österreichischen Universitäten so überhaupt „viel besser waren als ihr Ruf“ (Lentze: Universitätsreform 333). — Auch von Franz Exner wird als Professor in Prag gesagt, daß er auch den Dialog pflegte. Frankfurter 54, 56. — Wurzbach IV, 1858, 115.

<sup>71</sup> Lentze: Universitätsreform 333.

Baumgartner gewürdigt, während Thuns Berater Phillips von den „vernunft- oder naturrechtlichen Vorlesungen“ meinte, sie würden „beinahe völlig unbeachtet bleiben“<sup>72</sup>. Adalbert Stifter (1805—1868), der als Zeitgenosse Thuns etwa zur gleichen Zeit in Wien Rechtswissenschaft studierte (1826—1830), berichtet jedenfalls dankbar gerade von seinem Naturrechtslehrer Egger, glücklich, sich dessen Wohlwollens zu erfreuen<sup>73</sup>. Noch nach zwanzig Jahren klingt das hier Gehörte nahezu wörtlich in einem Zeitungsaufsatz durch<sup>74</sup>. Er wußte allerdings auch von kleinen Bubenstreichen und großer Unaufmerksamkeit in den Vorlesungen seines verehrten Lehrers Franz von Egger zu berichten<sup>75</sup>. Ähnliches wird dem auf Kopetz folgenden Naturrechtslehrer G. N. Schnabel (1791—1857)<sup>76</sup> nachgesagt<sup>77</sup>. Das mag nichts Neues gewesen sein, denn schon 1781 schreibt ein gelehrter Reisender derartiges verwundert von einer als „sehr vernünftig und faßlich“ beurteilten Vorlesung in der philosophischen Vorbereitungsklasse der Universität Wien<sup>78</sup>. Mag nun Thun über das vorgeschriebene Vorlesebuch<sup>79</sup> hinaus mehr oder weniger gehört — und von der Persönlichkeit seines nach allem auch nicht gerade unbedeutenden Naturrechtslehrers gehabt — haben als Stifter, so unterschieden sich beide jedenfalls anderweitig. Thun war sechzehn Jahre alt, als er durch das Naturrecht in die Rechtswissenschaft eingeführt wurde, Stifter einundzwanzig. Aus kleinen Verhältnissen vom Lande kommend, nahm dieser unkritisch froh und dankbar auf und an, was ihm geboten wurde<sup>80</sup>. Thun war einen anderen Weg gegangen und schon von Haus aus an größere Selbständigkeit gewöhnt. Seine Abneigung gegen das ihm gelehrt Naturrecht wird eher auf andere Zusammenhänge zurückzuführen sein.

Zusammen mit seinen Brüdern Franz (1809—1870) und Friedrich (1810—1879) sollte er nach dem Willen seines Vaters Franz Anton Graf Thun-Hohenstein (1786—1873), einem Fortsetzer der josephinischen Sozialpolitik, eine über die staatlichen

<sup>72</sup> Phillips, George: *Verm. Schriften*. Bd. 2, 1856, S. 520.

<sup>73</sup> Enzinger, Moritz: Adalbert Stifters Studienjahre. 1950, S. 91, 236. — Wolf, Erik: *Vom Wesen des Rechts in der deutschen Dichtung*. 1946, S. 133.

<sup>74</sup> Was ist Recht? Der Wiener Bote vom 25. 1. 1850 bei Reich, Willi (Hrsg.): *Ad. Stifter. Kulturpolitische Aufsätze*. 1948, S. 78 u. passim.

<sup>75</sup> U. a. überwältigte ihn einmal „der Teufel der Lachlust“, als der vor ihm sitzende „Graf Braun im Collegio Weichseln aß und ... während er durch eine Papiertüte die Kerne in Springers Rocktasche gleiten ließ, die Stengel künstlich und mühsam in die lange lockere Rückennaht des Springer'schen Rockes einsteckte, sodaß ...“ *Leben und Haushalt dreier Wiener Studenten*. *Sämtl. Werke* 1904 f., S. 15, 122, 13. Winkler-Ausgabe, Die Mappe ... usw. 359 f.

<sup>76</sup> Wurzbach XXX, 1876, 1 f.

<sup>77</sup> Schulte, Johann Friedrich Ritter von: *Lebenserinnerungen*. Bd. 1. Gießen 1908, S. 129: „Er sprach so leise, daß Zuhörer, die in der zweiten Bank saßen, ihn kaum verstanden. Hasner [1818—1891] erzählte mir, daß, als er sein Zuhörer war, man im Kolleg sich laut unterhielt, auch wohl sang und sich mit Papparbeiten beschäftigte.“

<sup>78</sup> Nicolai: *Reisebeschreibung*. Bd. 4, S. 57 f., bei Paulsen-Lehmann II, 112 f.: „... Einige lagen ungezogen auf den Bänken, andere plauderten, andere gafften kindisch umher, andere nickten ... Der philosophische Hörsaal ist der größte und die Zuhörer sind auch die zahlreichsten, es waren 200 da ... so waren die Zuhörer meist Knaben und zum Teil wirklich Kinder, wenigstens führten sie sich so auf.“

<sup>79</sup> Zeiller-Egger oben Anm. 50.

<sup>80</sup> Einzelheiten insbes. bei Enzinger 80—91.

Lehranstalten des Vormärz hinausreichende Ausbildung erhalten und bekam für das Gymnasium und das damals daran anschließende philosophische Studium in Johann Rohrweck einen schon anderwärts bewährten Hofmeister. Dieser zählte ebenso wie der Beichtvater des Hauses P. Franz Ser. Schneider zu dem Kreis des Prager Sozialethikers Bernhard Bolzano (1781—1848), und sein Einfluß war so groß, daß Leo Thun sich gegen den Willen seines Vaters entschloß, Rechtswissenschaft zu studieren, auch dabei von dem Hofmeister begleitet <sup>81</sup>.

Im Absolutorium wurde der Rechtshörer Thun als sehr fleißig bezeichnet und erzielte bei den einzelnen Prüfungen „durchwegs Vorzugsklasse“ <sup>82</sup>. Daß ihm das nicht genügte, was ihm die Universität bot, beweist sein umfassendes Selbststudium von Montesquieu bis zu den Vätern der Historischen Rechtsschule <sup>83</sup>. Durch seine Mutter, eine geborene Gräfin Brühl aus dem nahen Dresden, der überdies C. D. Friedrichs Tetschner Altar zu verdanken ist <sup>84</sup>, hatte er von vornherein Verbindung zum deutschen Geistesleben außerhalb Österreichs und nahm an den Abendgesellschaften Ludwig Tiecks teil, wie es seiner und seiner Zeit Neigung zur Romantik mit der Historischen Rechtsschule entsprach <sup>85</sup>. Schon in seiner Studienzeit hatte er in einer Abhandlung zu Savignys „Beruf unserer Zeit . . .“ <sup>86</sup> unter der Überschrift „Weg vom Naturrecht und vom Code Napoléon“ im Sinne der naturrechtsfeindlichen Historischen Rechtsschule Stellung bezogen <sup>87</sup>. Was er da fand, war für ihn neu. Das war modern, und unmodern war man schon damals nicht gern. Durch eine ausgiebige Kavaliersreise (1831—1835) in seinem Horizont erweitert, begann er die praktische Ausbildung mit dem Justizdienst, auf den eine politische Verwaltungstätigkeit folgte, jeweils auf die für einen Staatsmann erforderliche Vielseitigkeit bedacht und in allen Zeugnissen bestens bewertet <sup>88</sup>. Es folgten verantwortliche Aufgaben innerhalb der ganzen Monarchie, bis das Vertrauen des jungen Kaisers Franz Joseph I. ihm das nach seinen Vorstellungen geschaffene Ministerium des Cultus und Unterrichtes in die Hand gab <sup>89</sup>.

## 4.

Zeiller hatte seine Studienreform von 1810 auf das Praktisch-Nützliche und — ebenso wie vor ihm schon Martini in seinen Lehrbüchern — eine vom übrigen deut-

<sup>81</sup> Frankfurter 20. — Thienen 63 f. — Lentze: Universitätsreform 80.

<sup>82</sup> Frankfurter 21.

<sup>83</sup> Nach Thienen 72 Anm. 52: 1830 Montesquieu: *Esprit de Lois*, französisch; 1835 und 1841 Tocqueville: *Über die Demokratie in Amerika*; 1835 Justus Möser und Savigny; 1837 Senior: *Letters on the factory act*; 1841 und 1844 Eichhorn: *Rechtsgeschichte* und Austin: *Rechtsbegriff*.

<sup>84</sup> Nemitz, Fritz: Caspar David Friedrich. *Die unendliche Landschaft*. 1949, S. 21 f.: „... eine Sepia-Zeichnung Friedrichs ... machte auf die junge Gräfin Thun tiefen Eindruck und sie äußerte ... den Wunsch ... dasselbe Altarbild für ihre Hauskapelle in Tetschen zu bestellen.“

<sup>85</sup> Einzelheiten bei Thienen 77.

<sup>86</sup> Siehe Anm. 34.

<sup>87</sup> Thienen 72.

<sup>88</sup> Frankfurter 20, 26, 27. — Thienen 149 f., 173 f.

<sup>89</sup> Frankfurter 27 f., 176 f.

schen Geistesleben getrennte Nationalerziehung abgestellt. Diese sollte taugliche Staatsdiener hervorbringen und zwar „Diener dieses Landesherrn“, nicht Bildung und Wissenschaft. Hier hatte Joseph II. ebenso wie Friedrich II. gedacht, nur wurde im Gegensatz zu Preußen in Österreich das Naturrecht beibehalten<sup>90</sup>, wenn auch eben nach der Lehre Kants umgeformt. Auch Egger sah das Naturrecht nur dazu bestimmt, „auf das Studium des positiven Rechts vorzubereiten“<sup>91</sup>. Die besonders in Österreich gern so genannte Nationalerziehung war eine allgemeine Erscheinung der Schulreformen innerhalb der Aufklärung und man verstand dabei unter Nation „die Bürgerschaft eines einheitlich gelenkten Staatswesens“, also Österreich als Gesamtheit, nicht deren einzelne Völkerschaften im Sinne von Nation. Das Streben nach dem Brauchbaren und Effizienten erfaßte und beherrschte andere Universitätsreformen ebenso<sup>92</sup>.

All das widerstrebte Thun und demgemäß fiel auch die Wahl seiner Mitarbeiter aus.

In dem ihm von Prag her bekannten Franz Exner (1802—1853) fand er bereits einen für das reichsdeutsche Bildungswesen begeisterten Ministerialrat vor, der wiederum den ihm von Berlin her bekannten Philologen Hermann Bonitz aus Langensalza (1814—1888) zu seinem „Entwurf der Organisation der Gymnasien und Realschulen in Österreich“ beigezogen hatte. Diesen Entwurf sowie beide Mitarbeiter übernahm Thun vorbehaltlos<sup>93</sup>.

Sofort nach seiner Ernennung (28. Juli 1849) ließ sich Thun für sein neues Amt von dem führenden Kopf der katholischen Restauration in Wien Ernst Jarcke aus Danzig (1801—1852) ein Memorandum vom 5. August 1849 ausarbeiten<sup>94</sup>, wobei dieser weithin seiner Denkschrift „Über das Verhältnis der Staatsgewalt zum geistigen Leben der Nation“ von 1844 folgte<sup>95</sup>. Außerdem empfahl er seinen Landsmann George Phillips (1804—1872) zunächst als Professor nach Innsbruck; auf diesen geht wiederum das für Thun grundlegende Memorandum „Über die Aufgaben der Wissenschaft des gemeinen deutschen Privatrechts“ zurück<sup>96</sup>, desgleichen die „Betrachtungen über das Unterrichtswesen, insbesondere über die juristischen Studien in Österreich“<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Lentze: Universitätsreform 67, 71. — Paulsen-Lehmann II, 127. — Meißner, Richard: Die Idee der österr. Nationalerziehung unter Maria Theresia. Anz. d. Akademie der Wissenschaften Wien (1946) 1 ff.

<sup>91</sup> Egger 1815, XIII, I. „... Zweckmäßigkeit, ... durch das Naturrecht die Rechtsschüler für das Studium des positiven Rechts vorzubereiten...“

<sup>92</sup> Coing, Helmut: Die Juristischen Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform. Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften Göttingen (1970) 34 f.

<sup>93</sup> Frankfurter 78, 109. — Lentze: Universitätsreform 32, 34. — Einer aus Preußisch-Schlesien eingewanderten Familie entstammend und in Wien aufgewachsen, war Exner 1832—1848 Philosophie-Professor in Prag und in seinem Haus, einem Treffpunkt der „gelehrtesten und scharfsinnigsten Köpfe“ (Frankfurter 44, 115), verkehrte auch Thun (Thienen 148).

<sup>94</sup> Lentze: Universitätsreform 295 f.

<sup>95</sup> Jarcke, Ernst: Verm. Schriften IV, 211 f. — Lentze: Universitätsreform 82.

<sup>96</sup> Lentze: Universitätsreform 300 f.

<sup>97</sup> Phillips: Verm. Schriften II, 481 ff., auszugsweise bei Lentze: Universitätsreform 210 f.



Jarcke und Phillips, die als Freunde gelten, hatten nicht nur gemeinsam, daß sie aus Norddeutschland stammten; beide waren zum katholischen Glauben übergetreten und aus der Berufslaufbahn geworfen worden.

Jarcke war als Lehrer für Strafrecht zuerst in Bonn und dann in Berlin, bevor er zum politischen Publizisten wurde und schließlich 1832—1848 unter Metternich Staatskanzleirat in Wien. Hier gehörte er mit zum Hofbauer-Kreis, bildete dann aber um sich einen eigenen auf die katholische Restauration bedachten Kreis<sup>98</sup>.

Phillips hatte als anhänglicher Schüler Savignys und Eichhorns in Berlin studiert und sich hier als Rechtshistoriker habilitiert. Er wich dann nach München aus und wirkte hier im Görres-Kreis mit, wurde aber ein Opfer der Krise um Lola Montez. Darauf nach Innsbruck berufen, holte ihn Thun bald in seine Nähe nach Wien<sup>99</sup>.

Trotz seiner als Haßliebe erklärten scharfen Kritik an Österreich<sup>100</sup> lebte Jarcke sich in Wien ein, während Phillips, als Lehrer ohne Erfolg geblieben, sich später zurückzog<sup>101</sup>. Beide gelten als „einem starren Historismus verfallen, dem Kult des lebendig Positiven in seiner historisch-genetischen Entwicklung“<sup>102</sup>.

Beider Gedankenwelt ist in „Vermischten Schriften“ widergespiegelt und der Nachwelt erhalten<sup>103</sup>.

Beide waren historisch besser beschlagen als in der Philosophie und lehnten diese überhaupt ab, ebenso die österreichische Tradition, und erwarteten einen Wandel von einem Anschluß an das deutsche Geistesleben mit seinem preußischen Schwergewicht und von einer Berufung reichsdeutscher Gelehrter<sup>104</sup>.

Beider Einfluß wird sogar in den Redewendungen erkennbar, wenn man mit ihren beiden oben genannten Memoranden die Rede Thuns bei einer feierlichen Promotion am 11. Mai 1852<sup>105</sup> vergleicht, mit der er seinen Kampf gegen das Naturrecht eröffnete.

## 5.

Dabei sagte er dem ABGB, dem gleichwohl „mit Recht berühmtesten Rechtskompendium der neueren Zeit“, als Mangel nach, es stamme „aus einer Schule, die das bürgerliche Recht nicht als die auf höhere sittliche Gesetze gegründete Ordnung geschichtlich gegebener tatsächlicher Verhältnisse, sondern vielmehr als das Produkt der Spekulation des menschlichen Verstandes betrachtete“. So habe man „die österreichische Jurisprudenz von ihren historischen Grundlagen losgerissen“. Wie in der Subsidiarquelle des § 7 ABGB sei „gleichzeitig auch das Rechtsstudium in Öster-

<sup>98</sup> Wurzbach III, 95 f. — Lentze: Universitätsreform 83 f. — Weinberger, Otto: Karl Ernst Jarcke. Historisches Jahrbuch 46 (1926) 563—593. — Ders.: Georg Phillips. Historisch-politische Blätter (1922) 270—277.

<sup>99</sup> Wurzbach X, 95 f. — Lentze: Universitätsreform 82 f., 261 f.

<sup>100</sup> Lentze: Universitätsreform 82.

<sup>101</sup> Ebenda 261.

<sup>102</sup> Ebenda 95.

<sup>103</sup> Jarcke: Vermischte Schriften. 4 Bde. Wien 1839—1854. — Phillips: Vermischte Schriften. 4 Bde. Wien 1856.

<sup>104</sup> Lentze: Universitätsreform 94, 95, 175 u. passim.

<sup>105</sup> Ebenda 109. — Sub-auspiciis-Promotion Dr. Julius Fierlinger, abgedruckt bei Lentze: Universitätsreform 304 f.

reich nur auf die positiven Gesetze und auf das trügerische Nebelbild des sogenannten Naturrechts“ beschränkt worden. Man habe sich „vor dem ABGB wie vor einem Götzen niedergeworfen und eine Generation nach der anderen in ihrer juristischen Bildung beschränkt auf die 1500 §§ und auf die ‚natürlichen Rechtsbegriffe‘, die der Verstand jedes einzelnen nach seinem Belieben gestaltet“. Das Jahr 1848 habe gezeigt, wie nahe man daran war, „durch die Berufung auf hohle Frasen zu den größten Ungerechtigkeiten verleitet zu werden . . .“<sup>106</sup>.

Auch anderwärts findet man in Äußerungen Leo Graf Thuns Gedanken, ja Worte von Jarcke und Phillips wieder<sup>107</sup>. In bezug auf Bildungsstand und Bildungswesen in Österreich hatte Jarcke harte Worte<sup>108</sup>. Jedenfalls — findet er — „wurde das sogenannte Naturrecht hier auf der allerunglücklichsten Stufe, auf der es sich befand, der eines verseichtigten Kantismus, gleichsam festgenagelt“. So hätten für die Notwendigkeit einer Reform des juristischen Studiums „die Tatsachen des Jahres 1848 mit Donnerstimme gepredigt“<sup>109</sup>. Phillips hatte sich ausdrücklich gegen § 7 ABGB mit seinen natürlichen Rechtsgrundsätzen gewandt, ebenso gegen die Grundrechte in § 17 ABGB, der den Eindruck erwecke, daß aus einem vorangehenden Naturzustand her natürliche Rechte fortbestünden<sup>110</sup>.

Im Gleichklang mit den beiden stellt Thun ebenso dem historischen Recht höhere sittliche Gesetze voran. In seiner späteren Denkschrift für die Ministerkonferenz spricht er vom „göttlichen Quell“ des Rechts, „unbekümmert um die verschiedenen historischen Entwicklungsformen . . .“, „den zu verkennen Häresie“ sei<sup>111</sup>.

Die immer wieder gleiche Gedankenwelt und Wortwahl scheint Heinrich Friedjung (1851—1920) recht zu geben, wenn er den ihm auch sonst nicht zusagenden Thun nur als Vollzugsorgan seiner Ratgeber Jarcke und Phillips sehen will<sup>112</sup>. Doch ist im Gegenteil Karl Hugelmann (1844—1930) beizupflichten, der dem widerspricht. Den Organisationsentwurf für die österreichischen Gymnasien traf Thun bei der Amtsübernahme zwar schon an, aber daß er das Vorhandene dann auch durchsetzte, wird als „hohe Gesinnung“ gewertet und schließt Selbständigkeit bei der nun von ihm in Angriff genommenen Universitätsreform nicht aus. Hier hat Thun „sein Bestes nicht dadurch geleistet, daß er seinen ihn überragenden Ratgebern folgte, sondern indem er sich als der führende Geist erwies“<sup>113</sup>. Schon in jungen Jahren war Thun ein Herr gewesen, der eigene Wege ging<sup>114</sup> und von seiner

<sup>106</sup> E b e n d a 304.

<sup>107</sup> E b e n d a 109.

<sup>108</sup> Memorandum über die Aufgaben eines Unterrichtsministers in Österreich vom 5. 8. 1849 bei L e n t z e : Universitätsreform 296 f.: „... flache Aufklärung, ... hirnlos anmaßende Kannegießerei der Gebildeten, ... Kaffeehausgeschwätz, ... allen Glauben übersteigende Platttheit und Bornirtheit der gewöhnlichen fabrikmäßigen Durchschnittsbildung...“.

<sup>109</sup> J a r c k e : Denkschrift über den Zustand, die Mängel und die Reform der Bildung des deutschen, besonders des österreichischen Beamtenstandes. Verm.Schr. IV, 256—284, auszugsweise bei L e n t z e : Universitätsreform 95 f.

<sup>110</sup> L e n t z e : Universitätsreform 302 f.

<sup>111</sup> E b e n d a 211.

<sup>112</sup> M e i s t e r : Rektoratsrede 93.

<sup>113</sup> H u g e l m a n n , Karl: Hist.-polit. Studien. 1915, S. 109 f., 112—114.

<sup>114</sup> Siehe Anm. 83.

nordböhmisches Heimat aus weiteren Anschluß „ins Reich“ fand<sup>115</sup>. Noch als Student schrieb er im Sinne Savignys<sup>116</sup>. Historisch wollte er auch den Katholizismus haben<sup>117</sup>. Er war nicht von Jarcke und Philipps für die Historische Rechtsschule gewonnen worden, sondern gewann sie als seine Mitarbeiter, weil er sich ihnen nahe wußte<sup>118</sup>. Schon als Schüler war er wohl an die Hilfe eines Hofmeisters gewöhnt<sup>119</sup>. Dieser mag ihn als Anhänger Bolzanos zu seiner politischen und sozialen Tätigkeit hingelenkt haben. Der Hang zur Romantik und Historischen Rechtsschule kam von anderwärts. Ratschläge holte sich Thun von allen Seiten, wählte aber nach eigener Einsicht aus<sup>120</sup>. An der Philosophie hielt er schließlich gegen seine beiden Ratgeber fest<sup>121</sup>. Für den ihm nachgesagten widerspruchsvollen Geist<sup>122</sup>, der ihm den Vorwurf eines Janusgesichtes eintrug<sup>123</sup>, gibt es Beispiele genug. Da er als Deutscher auch an die Tschechen dachte, machte er sich z. B. bei beiden unbeliebt<sup>124</sup>.

Das Naturrecht stand später nicht mehr so im Vordergrund wie bei jener Promotionsrede. Ausgehend von der Lehr- und Lernfreiheit, hatten die Reformbestrebungen den Aufbau der Universitäten überhaupt erfaßt — einschließlich der Lehrpläne, Prüfungsordnungen usw. Aber schon der erste Angriff auf das ABGB tragende Naturrecht wurde als Schmähung des ganzen Gesetzeswerkes empfunden. Kübeck vermerkte die Rede in diesem Sinne in seinem Tagebuch und fand für Thun auch sonst unfreundliche Worte<sup>125</sup>. Dann kam auch der erste Widerstand gegen Thuns Pläne vom Reichsrat, „besetzt mit Bürokraten vormärzlicher Denkart“<sup>126</sup>.

Auf einen Bericht Kübecks hin hatte der Kaiser zunächst am 26. August 1851 eine reichsrätliche Begutachtung der Reformpläne Thuns angeordnet, und diese führte gemäß kaiserlicher Entschließung vom 13. Juli 1852 dazu, daß eine Ministerkonferenz über ein von Thun als Unterrichtsminister vorzulegendes Gutachten zu beraten hatte. Hier machte Baumgartner wiederholt abweichende Ansichten geltend und hatte schließlich das Ergebnis für den Kaiser zusammenzufassen<sup>127</sup>. Auf Kübecks Antrag wurde er dann zusammen mit Thun zu den folgenden Reichsdebatten beigezogen<sup>128</sup>. Hier blieb Thun in der Minderheit<sup>129</sup>.

Der Widerspruch der Anhänger des alten Unterrichtssystems fand in der Öffent-

<sup>115</sup> Siehe Anm. 84, 85.

<sup>116</sup> Siehe Anm. 86.

<sup>117</sup> Prinz 159. — Thienen 162, 163 Anm. 105.

<sup>118</sup> Thienen 17, 72 gegen Lentze: Universitätsreform 80, 112 f., 130, 138.

<sup>119</sup> Siehe Anm. 81.

<sup>120</sup> Bretholz 308.

<sup>121</sup> Siehe Lentze: Universitätsreform 238 Anm. 144.

<sup>122</sup> Friedjung bei Hugelmann 110.

<sup>123</sup> Prinz 131.

<sup>124</sup> Bretholz 302 u. passim.

<sup>125</sup> Lentze: Universitätsreform 110, 179.

<sup>126</sup> Ebenda 148 f.

<sup>127</sup> Ebenda 222. — Gutachten Baumgartners vom 12. 3. 1854, abgedruckt bei Lentze: Universitätsreform 333 f.

<sup>128</sup> Ebenda 225.

<sup>129</sup> Lentze: Baumgartner 173. — Ders.: Universitätsreform 217 f.

lichkeit weiten Widerhall<sup>130</sup>. Es gab auch einen Gegenentwurf, aber keine geschlossene Gegenfront<sup>131</sup>. Ein ausgesprochener Gegner der Historischen Rechtsschule und Anhänger des Naturrechts meldete sich offenbar nur in F. J. Buss aus dem früheren Vorderösterreich, dessen Einfluß aber auch anderweitig zu spüren war<sup>132</sup>.

Eine Artikelserie in der Österreichischen Korrespondenz, die die Studienreform verteidigt, wird auf Thun mit Jarcke und Phillips im Hintergrund zurückgeführt. Thun wird ferner die Endredaktion einer ähnlichen Reihe im Journal des österreichischen Lloyd zugeschrieben<sup>133</sup>. Hier wird das Naturrecht wieder als „der faulste Punkt des alten Systems“ mit seinem „verseichtigten Kantianismus“ gebrandmarkt: „An die Stelle scharfer juristischer Distinktion trat Raisonement und an die Stelle gründlicher, feiner Untersuchung vage, dunkelvolle Phrasendrescherei<sup>134</sup>.“ Auch bei anderen Gelegenheiten ließ es Thun nicht an Seitenhieben gegen das Naturrecht fehlen, so, als er einen eigenen Ministerialerlaß über das Zurückdrängen der Rechtsphilosophie in der Presse begründete<sup>135</sup>, und sogar als er seinen Schützling Joseph Unger zur Ernennung zum Professor vorschlug<sup>136</sup>.

Zur Vorbereitung des ihm zur Beratung in der Ministerkommission aufgegebenen Gutachtens wandte sich Thun zunächst wieder an Jarcke, der ihm kurz vor seinem Tod 1852 noch eine Denkschrift „Die Österreichischen Universitäten“ zusandte und sein ungünstiges Urteil über die juristischen Fakultäten wiederholte: „... heute wie vorher, nichts als Vorbereitungsanstalten zum österreichischen Bürodienst, beherrscht von einem ebenso stupiden als revolutionären Naturrecht ...“<sup>137</sup>.

Das Gutachten selbst ließ Thun von dem Innsbrucker Professor der Ästhetik und klassischen Philologie Alois Flir (1805–1859) verfassen, der, gerade an die Anima nach Rom berufen, dieses neue Amt noch nicht antreten konnte und auch als Priester zur Abwehr der katholischen Opposition geeignet schien. Er achtete Thun, ohne sein unbedingter Anhänger zu sein. Er gilt eher nur als Redakteur der Denkschrift, der Thun selbst die endgültige Gestalt gab<sup>138</sup>.

In dem, was da von Flir über die notwendigen Reformen der juridischen Studien ausgesagt wird, erscheint das Credo der romantisch-konservativen Richtung von Phillips<sup>139</sup> einfach übernommen<sup>140</sup>. Darnach geht nun „das Recht nicht aus dem Bewußtsein des Volkes hervor, sondern aus dem göttlichen Willen, der das objektive Sittengesetz, das Gesetz für Glauben und Handeln, dem Menschengeschlecht geoffenbart hat“. Eine rationale Rechtswissenschaft wird nun nicht unbedingt verurteilt und Rechtsphilosophie, Naturrecht und Vernunftrecht werden nebeneinan-

<sup>130</sup> E b e n d a 155, Einleitung zum Strafrechtskommentar von Anton Hye 134 f.

<sup>131</sup> L e n t z e : Universitätsreform 180 f.

<sup>132</sup> E b e n d a 157 f., 161, 163.

<sup>133</sup> E b e n d a 167 f.

<sup>134</sup> E b e n d a 173.

<sup>135</sup> E b e n d a 233 f.

<sup>136</sup> E b e n d a 141.

<sup>137</sup> E b e n d a 192 f.

<sup>138</sup> E b e n d a 198 f.

<sup>139</sup> P h i l l i p s : Verm. Schr. II, 481 f.

<sup>140</sup> L e n t z e : Universitätsreform 210. — D e r s. : Die romant.-kons. Richtung 5–37, 13.



der genannt. Falsch sei es, nur einerseits den „göttlichen Quell“ des Rechts neben seiner Geschichte zu übersehen<sup>141</sup>.

Bevor das Rechtsdenken von Phillips und Jarcke noch eigens betrachtet wird, nicht zuletzt um zu zeigen, wie man eine Vergangenheit heraufbeschwor, die der Historiker gar nicht mehr kannte<sup>142</sup>, soll noch der Gang der Reform geschildert werden.

Jedenfalls blieben nach Thuns Denkschrift, die sich die reichsdeutschen Universitäten zum Vorbild nahm, dort die noch gehaltenen Vorlesungen über Rechtsphilosophie oder Naturrecht unbeachtet und konnten nicht wie in Österreich als Grundlage der Ausbildung Nachteile mit sich bringen<sup>143</sup>.

In der Ministerkonferenz wandte sich nun Baumgartner gleich mit Erfolg gegen den Ausdruck Lehr- und Lernfreiheit: Er sei mißverständlich<sup>144</sup>. Als übertrieben oder unbegründet wurde die ungünstige Darstellung des bestehenden Studiensystems abgelehnt. Ausdrücklich wurde dabei Zeillers Studienreform in Schutz genommen, desgleichen die „so sehr angefochtene Aufnahme der aus dem Naturrecht entlehnten Sätze (§§ 16, 17) in das ABGB“<sup>145</sup>.

Soweit dem Protokoll zu entnehmen ist, kam das Naturrecht weiter nicht zur Sprache, sondern nur die gleichfalls umstrittene Rechtsphilosophie. Diese war aber von Flir im Sinne Thuns gegen Jarcke und Phillips<sup>146</sup> beibehalten worden.

Ein von dem Justizminister Krauss „nur als Andeutung“ vorgelegter Lehrplan enthielt die Rechtsphilosophie im ersten Jahrgang, also als Einführung, dazu „deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte“ statt des entfallenden Naturrechts. Dagegen „ergab sich keine Erinnerung“<sup>147</sup>. In seinem Bericht darüber ging Baumgartner betont hier nicht weiter darauf ein, weil die „Hauptgrundsätze“ im Sinne eines zunächst erklärten Vorbehaltes noch nicht erörtert worden waren<sup>148</sup>.

Darauf verzichtete der Vorsitzende der Kommission Karl Ferdinand Graf Buol-Schauenstein (1795—1865) jedoch und legte Baumgartners Bericht dem Kaiser so vor. Man hätte gemeint, „die Dinge nur von der praktischen Seite“ betrachten zu sollen, und nicht nach Schulmeinungen oder Schlagworten gefragt, vielmehr nach dem „Urteil der Erfahrung“<sup>149</sup>.

Der Reichsrat sprach sich dann für eine eigene Lehrplankommission von Fachmännern aus und empfahl, die historische und rationale Methode miteinander zu verbinden<sup>150</sup>. Mit diesem Gedanken hatte bereits Baumgartner seinen Bericht ge-

<sup>141</sup> „... weil sie ganz regelmäßig von der aller Offenbarung widersprechenden, rein subjektiven Annahme ausgeht, daß der Staat und die Ordnung in demselben, das Recht von den Menschen erfunden und erdacht sei.“ *Lentze*: Universitätsreform 211.

<sup>142</sup> Siehe Anm. 72 f.

<sup>143</sup> *Lentze*: Universitätsreform 212.

<sup>144</sup> „... während frey seyn noch nicht ganz ungebundenseyn bedeuten kann.“ *Lentze*: Universitätsreform 308.

<sup>145</sup> *Ebenda* 324.

<sup>146</sup> *Ebenda* 212.

<sup>147</sup> *Ebenda* 327 f.

<sup>148</sup> *Ebenda* 224, 324, 343.

<sup>149</sup> *Ebenda* 224.

<sup>150</sup> „Da endlich weder die Thatfachen als solche, noch die rationelle Abstraction allein und

schlossen<sup>151</sup> und er erschien jeweils etwas abgewandelt, ebenso in dem von Kübeck an den Kaiser vorgelegten Entwurf einer Entscheidung<sup>152</sup>. Der Kaiser folgte diesem mit seiner Entschließung vom 24. Februar 1855 nicht. Thun hatte sich in Ministerkommission und Reichsrat nicht durchgesetzt, aber bei dem absolut regierenden Kaiser. Der junge Kaiser hatte sich mit dem jungen Thun besser verständig und die damalige Staatsform erlaubte ihm, den Rat der konservativen Alten zu übergehen<sup>153</sup>. Damit war die von Baumgartner doch noch offen gelassene Erörterung des Naturrechts abgeschnitten.

Dem hochadeligen Thun standen in Kübeck und Baumgartner Gegner von Gewicht im Wege, wenn sie auch, aus kleinen bürgerlichen Verhältnissen kommend, erst während ihrer Beamtenlaufbahn in den Adelsstand aufgerückt waren. Beide erfreuten sich höchsten Ansehens dank ihrer Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit. Kübeck genoß das persönliche Vertrauen des Kaisers, der auf seinen Rat nach dem Tode von Felix Graf Schwarzenberg keinen neuen Ministerpräsidenten ernannte und so Kübeck selbst zum ersten Mann in dem in seinem Sinn absolutistisch geführten damaligen Reich machte. Dieser hatte überdies auch die gute Meinung des Volkes, sogar des kritischen Grillparzer für sich<sup>154</sup>. Die gegen Thun gerichtete vormärzliche Gesinnung stand hinter Baumgartner als ihrem Vertrauensmann<sup>155</sup>.

Franz Josephs Offenheit für die aus Deutschland eingeführte unphilosophische Historische Rechtsschule ist zudem durch seine Eigenart erklärlich. „Undoktrinär und Systemen abgeneigt und dem Grübeln über grundsätzliche tiefste Probleme fern ... wurzelte er in der Vergangenheit“, also der Geschichte, getragen von einem „unreflektierten Deutschbewußtsein“<sup>156</sup>. Seinem realen Denken entsprach andererseits auch wieder, daß er über den Gang der Studienreform unterrichtet bleiben wollte<sup>157</sup>.

Das stärkere Festhalten Österreichs an dem im übrigen Deutschland fast unbeachtet dahinscheidenden Naturrecht mag zugleich ein Grund gewesen sein, daß Jarcke und Phillips und mit ihnen Thun sich so scharf dagegen geäußert hatten.

---

für sich für das Recht und die inneren und äußeren Staatsbedürfnisse wissenschaftliche Grundlagen biethen, soll die historische mit der rationellen Methode angemessen komhiniert empfohlen werden.“ *Lentze*: Universitätsreform 229.

<sup>151</sup> „Diese Druckschrift“, nämlich das Gutachten Thun-Flir, „spricht der historischen Grundlage der juridischen Wissenschaft eifrig das Wort und verdammt unbedingt die frühere rein rationelle Begründung. Nach Ansicht ... soll einer historischen Begründung mehr Aufmerksamkeit zugewendet werden, als bisher, jedoch wäre nicht bloß der deutschen, sondern auch der österreichischen Rechtsgeschichte ihr Einfluß zu gewähren, dabei aber eine rationalistische Auffassung nicht auszuschließen.“ *Lentze*: Universitätsreform 342 f., auch 224.

<sup>152</sup> „... angemessen zu vereinigen.“ *Lentze*: Universitätsreform 345.

<sup>153</sup> Franz Joseph, 24 Jahre alt, Thun 44, Kübeck 75, Krauß 66 und Baumgartner 62.

<sup>154</sup> *Walter* Anm. 4.

<sup>155</sup> *Lentze*: Baumgartner 163.

<sup>156</sup> *Srbik*, Heinrich von: *Aus Österreichs Vergangenheit*. 1949, S. 225 f.

<sup>157</sup> *Lentze*: Universitätsreform 235.

## 6.

Wie gesagt, waren beide überdies gar keine so unbedingten Anhänger der neuen Lehre. Jarcke stand ihr mehr mit achtungsvollem Abstand gegenüber und hatte über sein eigentliches Fach, das Strafrecht, hinaus über Natur- und Staatsrecht gelesen<sup>158</sup>.

Bei unserem gegenwärtigen Wissen vom Naturrecht und seiner Geschichte überrascht es, daß Jarcke unter altem Naturrecht das seit Kant versteht<sup>159</sup>. An der Historischen Rechtsschule schätzt er nur, daß sie „von der Flachheit des Naturrechts erlöst“ habe, sonst sei der „heutige Standpunkt keineswegs der wahrhaft befriedigende und in sich vollendete“. Mit ihrem Indifferentismus (gegen die Gerechtigkeit) könne die Historische Schule „sowohl ein Durchgangspunkt zur wahren rechtlichen Gesinnung, wie auch zum völligen Aufgeben und Abläugnen der Idee der Gerechtigkeit seyn“<sup>160</sup>. Noch weiter geht er anderwärts: „... während die interessantesten literaturhistorischen Forschungen, z. B. über die älteste Entstehungsgeschichte der Quellen des langobardischen Lehnrechts, aufgestellt werden, ruht ein chaotisches Dunkel auf den einfachsten und zunächstliegenden Fragen nach der Wurzel und dem Princip alles Rechts ... die Mehrheit unserer Staatsmänner und Juristen ist — wenigstens praktisch — bei einem, unter den verschiedensten Formen und Benennungen verschleierte Cultus des Factums, oder, was im Wesen dasselbe: der nackten menschlichen Gewalt, die das Factum hinstellt und aufrecht erhält, angelangt; ... nichts anderes ... als ein juristischer und politischer Atheismus ...“<sup>161</sup>.

Die Geschichte hat ihm mit dem, was zur letzten Wiederkehr des Naturrechts führte, recht gegeben — bis zu der noch dazu mißverstandenen Lehre von der normativen Kraft des Faktischen<sup>162</sup>.

Ähnlich ist es aber auch mit Jarckes Widerwillen gegen das Naturrecht seiner Zeit. Der Rechtspositivismus wird sogar „weniger als ein Kind der Historischen Schule, die naturgemäß zu einem Relativismus führen muß“, gesehen, sondern der rationalistischen Naturrechtsschule selbst zugeschrieben. Die letzten Ergebnisse dessen, was man Naturrecht nannte, wurden modo mathematico festgeschrieben, versteinert, indem man sich „nicht mehr die Mühe gab, die Grundaxiome der Rechtswissenschaft immer wieder von Neuem unter dem Eindruck der Wirklichkeit zu überprüfen“<sup>163</sup>.

Jarcke wendet sich unter „Naturrecht und Geschichte“ ausdrücklich gegen den „abergläubigen Mißbrauch mit der Geschichte“. Diese erkläre wohl die Gegenwart, könne aber „die sittlichen Gesetze nicht geben“. Dagegen „steht das höch-

<sup>158</sup> Nekrolog von Phillips in den Hist.-pol. Blättern, abgedruckt bei Jarcke: Verm. Schr. IV, 544 f.

<sup>159</sup> E b e n d a III, 2, 3, 12 (Naturrecht und Geschichte, 1834) u. passim.

<sup>160</sup> E b e n d a III, 12, 7 und III, 67 f.

<sup>161</sup> E b e n d a III, 65 f. (Aphorismen ... 1837).

<sup>162</sup> Siehe Anm. 12, 15, 37. — Langer, Ad.: Die normative Kraft des Faktischen und Georg Jellinek. In: Ein Leben — Drei Epochen. Festschrift für Hans Schütz. München 1971, S. 256 f.

<sup>163</sup> Klein-Bruckschwaiger: Naturrechtssystem 156.

ste Princip der alles Rechtes seiner Natur nach über der Geschichte und darf auch nur im göttlichen Willen gesucht werden, ... durch den dem Menschen das Gebot der Gerechtigkeit und der Liebe gegeben“ ist <sup>164</sup>. Die Geschichte hat das Gegebene, Mitgegebene nur weiter zu tragen. Als „Boden der gesamten menschlichen Rechtswissenschaft“ findet Jarcke „nicht ein Dictamen der isolierten Vernunft, sondern recht eigentlich eine dem menschlichen Geschlechte gewordene Offenbarung, deren Tradition durch alle Völker und alle Zeiten geht“. Gerade diese religiöse Grundlage habe man „in der vorzugsweise so genannten historischen Rechtsschule der heutigen Zeit nicht hervortreten sehen“ können <sup>165</sup>.

So hatte Jarcke wohl einerseits empfohlen, daß „der Weg der Historischen Rechtsschule eingeschlagen werde“, doch müsse auch im Staatsrecht „das Christentum als der einzige und wahre Maaßstab aller irdischen Zustände“ gelten <sup>166</sup>.

Gar nicht geht Jarcke mit der Historischen Schule und dem aus ihr und auf sie folgenden Rechtspositivismus, indem er in seinen Aphorismen über Naturrecht, Positives Recht und Gesetzgebung 1837 dem Recht vor dem Gesetz den deutlichen Vorzug gibt <sup>167</sup>. Gegen Savigny gewendet wird hinzugefügt, die absolutistische Staatslehre hätte nicht nur „ihre technischen Nachteile“ darin, daß das Gesetz erst „die Rechte des Einzelnen ... gebe und verleihe“. Das sei vielmehr „ein eigentliches Unrecht“ <sup>168</sup>. Der historisch aufgebauten Juristenausbildung wirft er vor, „daß die historische und gelehrte Seite ausschließlich und mitunter bis zur Karrikatur überwog“, auf Kosten der „eigentlichen, anwendbaren Jurisprudenz“ im „praktischen Recht“. Er fürchtet geradezu, es würden nur noch Professoren der Philologie und der Altertumswissenschaft ausgebildet <sup>169</sup>.

Mit einem Gegenvorschlag finden wir Jarcke geradezu bei dem weit vor Kant liegenden ursprünglichen Naturrecht: Bei einer „der heutigen Zeit entsprechenden Bildung eines deutschen Juristen ... stünden jene allgemeinen ewigen Grundsätze der Gerechtigkeit voran, welche älter sind als alle positive Gesetzgebung. Diese Disziplin würde an die Stelle dessen treten, was die rationalistische Pseudophilosophie des vorigen Jahrhunderts als Naturrecht bezeichnet hat“ <sup>170</sup>.

Nach den bitteren Worten, die Phillips gegen das Naturrecht überhaupt gebrauchte, überrascht um so mehr, wie er sein Bekenntnis zur Historischen Rechtsschule beschränkt. Zwar hat für ihn „das Recht in der That ein natürliches Wachstum“, wie es Savigny lehrt <sup>171</sup>, „weshalb sich die Vergleichung desselben mit den natürlichen Organismen wie von selbst bietet“ <sup>172</sup> und so hat es sich „wie die Sprache entwickelt“ <sup>173</sup>. Aber damit sei auch „das Räthsel nicht gelöst, sondern geradezu

<sup>164</sup> Jarcke: Verm. Schr. III, 15, 18.

<sup>165</sup> Ebenda 16, 17, 18.

<sup>166</sup> Über die wissenschaftliche Regeneration des staatsrechtl. Studiums, 1836 in: Verm. Schr. I, 94 f., 110, 113.

<sup>167</sup> Ebenda III, 64 f., 72.

<sup>168</sup> Ebenda III, 80.

<sup>169</sup> Ebenda IV, 259 (Über den Zustand ...). — Lentze: Universitätsreform 97.

<sup>170</sup> Jarcke: Verm. Schr. IV, 264.

<sup>171</sup> Verdroß 153.

<sup>172</sup> Hier klingt wieder Adam Müllers Staat als Organismus durch, siehe Verdroß 156.

<sup>173</sup> Siehe dazu jetzt Dux, Günther: Der Ursprung der Normen. Die Bedeutung der Sprache für ihre Entwicklung. Archiv für Rechts- und Sozialpolitik (1980) 53 f.



auf einen Irrthum geführt“, wenn man das Volksbewußtsein hinzufüge. Dies sei „bloß die subjektive Auffassung des objektiven Rechts, nicht dessen Quelle, nicht sein Ursprung“. Hier greift nun Phillips zurück auf den „göttlichen Willen, welcher das objektive Sittengesetz ... geoffenbart hat“. Die Vernunft bekommt daneben ihren Platz nur als „Ohr des Geistes“. Sie kann ebenso wenig Glaubens- wie „Rechtsdogmen hervorbringen“, aber sie „hat die Aufgaben zu zeigen: inwieweit das historische gewordene Recht mit jenem höchsten Sittengesetze, d. h. mit dem Prinzip der Gerechtigkeit, mit dem göttlichen Willen, übereinstimmt oder nicht“<sup>174</sup>.

Hatte Jarcke zunächst der Historischen Rechtsschule „bedeutende Fortschritte ... vermittelt der historischen Tendenz“ zugute gehalten<sup>175</sup>, so findet er nun doch anderwärts: „Hier wie dort wurde das wissenschaftliche Streben auf dürrer Heide im Kreis herumgeführt und der menschliche Geist auf die überaus trockene und sandige Stoppelweide einiger engen, dünnen Schulformeln getrieben, in denen der Weg der Wahrheit beschlossen seyn sollte. Das üppige reiche Feld der Geschichte von sechs Jahrtausenden blieb unberührt und unbenutzt zur Seite liegen“<sup>176</sup>.

Der Erkenntnis, daß die Historische Rechtsschule gar nicht so historisch war, ließen Jarcke und Phillips nicht die entsprechenden Taten folgen. Dabei hätten sie gar nicht so weit gehen müssen, wenn sie sich die Mühe gemacht und der Geschichte des österreichischen Rechtsdenkens etwas Aufmerksamkeit geschenkt hätten. Wenn es auch bereits der Kant-Anhänger Zeiller war, der das trotz aller Einwände Savignys bedeutende und lebensvolle ABGB von 1811 vollendet hat, so baute er doch auf seinem Lehrer Martini auf, dessen Blick über das vorkantische Naturrecht hinaus bis ins Mittelalter, bis zu Thomas zurückreichte<sup>177</sup>. Martinis bis über die Jahrhundertwende hinaus geltendes Lehrbuch des natürlichen Privatrechts<sup>178</sup> hatte im Gegensatz zu der rationalistischen Denkweise für „Ursprung und Fortgang der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit“ ein eigenes Kapitel eingeräumt<sup>179</sup> und war mindestens ein — für die österreichische Rechtsentwicklung sehr maßgebliches — Menschenalter Grundlage der rechtsphilosophischen Bildung. Noch 1794 hielt man es für nötig, Erläuterungen dazu zu schreiben<sup>180</sup>. Sein Erstlingswerk galt überdies der römischen Rechtsgeschichte<sup>181</sup>.

Ein Vergleich der eingangs kurz wiedergegebenen Naturrechtslehren mit dem, was Jarcke und Phillips vorschwebte, läßt vielfache Verwandtschaft bis zur Deckungsgleichheit erkennen. Aber das Tor dazu war verschlossen. Zu gut hatte Zeiller

<sup>174</sup> Phillips: Verm. Schr. II, 506.

<sup>175</sup> Jarcke: Verm. Schr. III, 2 (Naturrecht und Geschichte).

<sup>176</sup> Ebenda III, 4.

<sup>177</sup> Langer 15 f., 28, mit weiteren Hinweisen und oben Anm. 42 f.

<sup>178</sup> Martini: Lehrbegriff des Naturrechts. Wien 1799, dritte deutsche Übersetzung. Neudruck Aalen 1970; ursprünglich: De lege naturali positiones. Wien 1762, erstmals deutsch 1783.

<sup>179</sup> Hauptstück VII, 75—91.

<sup>180</sup> Klein-Bruckschwaiger: Naturrechtssystem 155. — Ders.: Rechtsphilosophie 76.

<sup>181</sup> Ordo historiae juris civilis, 1755. — Klein-Bruckschwaiger: K. A. von Martini. Ein Verfasser des ABGB. Jur. Blätter 72 (1950) 1f.

die alte Lehre ebenso wie den Blick zurück überhaupt verschwinden lassen<sup>182</sup>. Die auf Fortschritt bedachten Lehrer aus dem deutschen Norden dachten nicht daran, daß in dem ihnen überdies zurückgeblieben erscheinenden Österreich noch vor kurzem herrschende Lehre war, was sie suchten und forderten. Ein Schritt zurück, wenigstens bis zu dem lang nachklingenden Martini hätte genügt<sup>183</sup>. Die in dem Sinne einsetzende Neuscholastik war damals noch nicht so weit<sup>184</sup>, und Joseph von Görres (1776—1848), dem die beiden christlichen Romantiker anhingen, hatte in seiner Abwehrstellung gegen die österreichische Staatstheorie des 18. Jahrhunderts Martini wegen des bei ihm zu findenden revolutionären Staatsrechts abgelehnt<sup>185</sup>, so auch Jarcke<sup>186</sup>.

Es wäre eine Aufgabe für sich, im einzelnen zu untersuchen, welcher Stufe der Naturrechtsgeschichte jeweils Jarckes und Phillips Gedanken entsprachen. Daß Gottes Wille eher als Grenze denn als Triebkraft erscheint, gemahnt an eine der späteren Stufen des Voluntarismus, wenn nicht überhaupt an die lutherischen Zweifel an der Erkenntnisfähigkeit des Menschen.

## 7.

Auf den Ursprung der Naturrechtslehre des hl. Thomas von Aquin verweist jedenfalls der immer wieder auftretende Rückgriff auf die Natur der Sache, der Dinge. Dabei klingt es geradezu an § 7 ABGB an, wenn Jarcke dem Richter gestattet, daß er unter Umständen „aus der Natur der Sache“ nach dem höchsten Gebot der Gerechtigkeit, aus der Interpretation bestehender Gewohnheiten und Rechte sich weitere praktische Regeln entwickelt und nach diesen Recht spricht, dadurch selbst ein neues Gesetz gibt<sup>187</sup>.

In „Über den Zustand, die Mängel ... des österreichischen Beamtenstandes“ setzt Jarcke „alles lebendige Recht seiner Natur nach aus drei Stücken zusammen“. Neben den Buchstaben des Gesetzes steht der „Brauch, eine Übung, eine traditionelle Praxis ... gleichsam eine organische Umgebung des geschriebenen Gesetzes“, der erst das Herzstück der Historischen Rechtsschule, die Wissenschaft, folgt. Noch weiter weicht er dann von dieser zu naturgerechter Sachlichkeit ab: „... suchen wir dem Gange der Natur zur Heilung vorhandener Gebrechen zu folgen, ... hüten wir uns aber, daß wir das natürliche Wachsthum verborgener, sich leise regender

<sup>182</sup> Siehe Anm. 47 u. 49.

<sup>183</sup> Wer 1938 einen Anschluß erlebt hat, findet Verwandtes. Die aus dem Reich hereinkamen, schauten kaum danach, was schon da und schon besser da war. Ein Landrat erklärte z.B. dem Verfasser, er wisse zwar, daß es hier ein eigenes Verwaltungsverfahren gebe, aber er wende es nicht an.

<sup>184</sup> Verdroß 210 f. Auch von einem Gegner der Reform wurde ein Anknüpfen an die Scholastik als unzeitgemäß abgelehnt (Zettler, J. Th. M. in: Linzer Theol.-prakt. Monatszeitschrift (1852) 207, zitiert nach Lentze: Universitätsreform 166).

<sup>185</sup> Görres: Das aufgeklärte österreichische Staatsrecht des achtzehnten Jahrhunderts, geschrieben 1832. Hist.-pol. Blätter 29 (1854) 731 f.

<sup>186</sup> Jarcke: Verm. Schr. IV, 258 (Über den Zustand ...).

<sup>187</sup> E b e n d a III, 78 (Aphorismen).

Kräfte gewaltsam hemmen und mit roher Faust die zarten Wurzelfasern abreißen oder ersticken . . . <sup>188</sup>“

Etwas anders und auf andere Art auffällig ist es, wie dagegen Phillips, der den natürlichen Rechtsgrundsätzen vorangestellten Analogie des § 7 ABGB „zu Gunsten der Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts einen Weg zur Natur der Sache“ abzugewinnen sucht. Die „Rücksicht auf die Gründe anderer Gesetze“ genügt ihm, um dadurch in den „leitenden Principien der Gesetzgebung überhaupt“ einen Ersatz für das „vermeintliche Naturrecht“ zu finden, nämlich durch den „Geist der Gesetzgebung“. Diese „Principien enthalten für ihn zugleich die Natur der Sache“ <sup>189</sup>.

Nicht die sich jeweils wandelnden Dinge sind ihm für Gesetz und Rechtsentwicklung maßgeblich, sondern wie einmal der Gesetzgeber entschieden hat, also das historische Recht mit dem ihm eigenen Geist des Gesetzes. Daß die Natur der Sache, die Dinge es sind, die einmal den Gesetzgeber bestimmten, bestimmen mußten, wird übersehen und der das Mittelalter verehrende Phillips ist weit von der mittelalterlichen Lehre entfernt, die Recht und Gesetz von dem jeweiligen Gebot der Dinge ableitete.

Einstmals „nur ein weniger konkreter Begriff des Naturrechts“ <sup>190</sup>, hatte die Natur der Sache gleich diesem einen langen Lebensweg mit manchen Höhen und Tiefen hinter sich. Mit dessen Wiederkehr erregte sie wieder mit Sinngehalt und Geschichte neue Aufmerksamkeit <sup>191</sup>.

War sie in der Aufklärung für Chr. Wolff (1679—1754) nur noch da, um zu demonstrieren, nicht aber sachlich-schöpferisch, so tat sie Bergbohm als dogmatisch wertloses Element ab <sup>192</sup>.

Aber immerhin war der Natur der Sache ein längeres Leben beschieden als der Scholastik. So wollte z. B. der französische Humanist Peter Ramus (1515—1572) statt scholastischer Figuren die Sachen selbst sprechen lassen <sup>193</sup> und trotz seiner Abkehr von der aristotelisch-thomistischen Denkweise wollte Christian Thomasius

<sup>188</sup> E b e n d a IV, 261, 275 (Über den Zustand . . .).

<sup>189</sup> „Über die Aufgaben der Wissenschaft des gemeinen deutschen Privatrechts“ bei L e n t z e : Universitätsreform 300 f., 303: „Es muß vor allem darauf ankommen, die leitenden Principien der Gesetzgebung überhaupt zu ermitteln. Diese müssen aber in seiner wahren Grundlage (in dem früheren Rechte, das in seinem Institute und in seinem Geiste in die Gesetzgebung hinübergegangen ist) nicht in dem vermeintlichen Naturrecht gesucht werden. Sind sie aber gewonnen, so versteht man das zweifelhafte und das mit demselben verwandte Gesetz. Es sind aber zugleich diese Principien die der Natur des Gesetzbuches wahrhaft entsprechenden und somit als die hier wahrhaft natürlichen an die Stelle jener vermeintlich natürlichen zu setzen; gerade sie bieten, was man die ‚Natur der Sache‘ zu nennen pflegt.“

<sup>190</sup> N e u h a u s , P. H.: Stifter Witiko und die Frage nach dem Recht. Juristenzeitung (1955) 104. — S c h a m b e c k 25.

<sup>191</sup> Insbes. R a d b r u c h , Gustav: Die Natur der Sache als juristische Denkform. Festschrift für Rudolf Laun. 1948. Sonderausgabe 1960 und 1964. — . . . S c h a m b e c k , Herbert: Der Begriff der „Natur der Sache“. 1964. — N e u s ü ß , Wolfgang: Gesunde Vernunft und Natur der Sache. 1970.

<sup>192</sup> S c h a m b e c k 27, 31.

<sup>193</sup> N e u s ü ß 20.

(1655—1728) „bloß auf die Sache selbst hinführen“<sup>194</sup>. Anderwärts der Scholastik näher, leitete Chr. Wolff sein Naturrecht wieder „aus dem Wesen und der Natur des Menschen und der Dinge selbst ab“<sup>195</sup>, was dann mit herzhaften Worten der Österreicher Martini als Gebot der Vernunft bestätigte<sup>196</sup>. Wie seit Rousseau (1712—1778) das Natürliche als das Vernünftige zum Schlagwort wurde, so gewann die Natur der Sache wieder an Gewicht und Montesquieu (1689—1755) baute schon seinen Geist der Gesetze nicht auf Prinzipien, vorgefaßten Meinungen, sondern auf der Natur der Dinge auf<sup>197</sup>.

Nur von der Vernunftkenntnis ausgehend, hatte dann wiederum I. Kant (1724—1804) keinen Blick mehr für die Dinge als Erkenntnismittel<sup>198</sup>, und so tritt bei Zeiller die Natur der Sache wieder einmal in den Hintergrund, nachdem noch Martini sie<sup>199</sup> oder „unserer und der Dinge Natur“ herausgestellt hatte<sup>200</sup>. Zeillers Anpassungsstreben beseitigte sie aus den folgenden Lehrbüchern<sup>201</sup> und so konnte sie auch Thun und Stifter hier nicht gut begegnen. Und trotzdem landet Stifter bei aller Anhänglichkeit und Abhängigkeit gegenüber Zeiller und Kant<sup>202</sup> letzten Endes bei den Dingen als Wegweiser und eine Spur läßt sich bis zu Thomas von Aquin verfolgen<sup>203</sup>.

Die Historische Rechtsschule hatte sich der Natur der Sache nicht vollständig verschlossen. Das Wort selbst wird zwar bei Savigny nur einmal gefunden, der Gedanke aber immer wieder<sup>204</sup>. Noch z. B. von G. F. Puchta (1798—1846) als rechtsschöpferisches Prinzip anerkannt, lehnt sie B. Windscheid (1817—1892) ganz ab<sup>205</sup> und schließlich war es Bergbohms Bann<sup>206</sup>, der einen Blick zurück verbaute.

## 8.

Gemessen an der katholisch-romantischen Neigung zum Mittelalter war das Eifern Thuns und seiner Berater gegen das Naturrecht ein Irrtum, aber zunächst ein voller Erfolg. Seine Entfernung aus den Lehrplänen war das einzige, was Thun

<sup>194</sup> E b e n d a 26.

<sup>195</sup> Wolff, Chr.: Jus naturae I, §2, bei N e u s ü ß 41.

<sup>196</sup> Martini: Sechs Übungen § CIV, S. 176: „... Wer also über das Wesen und die Natur der Dinge anders denkt, als sie an sich selbst sind, der weicht von der gesunden Vernunft ab, und folget dem Wege der Thorheit.“ N e u s ü ß 26.

<sup>197</sup> Th i e m e, H.: Die Zeit des späten Naturrechts. ZRG (1936) 202 f., 245.

<sup>198</sup> V e r d r o ß 142 f.

<sup>199</sup> Siehe Anm. 41, 196.

<sup>200</sup> Martini: Sechs Übungen § XCIX, S. 164.

<sup>201</sup> Siehe Anm. 48 f.

<sup>202</sup> D o m a n d l, Sepp: Die philosophische Tradition von Ad. Stiftern „Sanftem Gesetz“. Vierteljahresschrift des Ad. Stifterinstitutes des Landes Oberösterreich 21 (1972) 79 f.

<sup>203</sup> L a n g e r, bes. 33. — Es sind bei Stifter immer wieder „die Dinge“, die dahinter stehen (L a n g e r 18 f). Entscheidend ist bei seinem Witiko der Entschluß, zu tun, „was die Dinge fordern“, dem Stifter den Kardinal Glauben und Gewissen hinzufügen läßt (Inselausgabe 1933, 768 — L a n g e r Anm. 137).

<sup>204</sup> N e u h a u s, P. H.: Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache. Zeitschrift für ausl. und intern. Privatrecht (1949/50) 364 f.

<sup>205</sup> S c h a m b e c k 30.

<sup>206</sup> E b e n d a 30.



voll gelang. Die Folgen der dafür eingeführten Historischen Rechtsschule waren dagegen nicht gewollt.

Hatte man einmal dem Naturrecht die weltanschauliche Ausrichtung im Sinne des Josephinismus zugeordnet<sup>207</sup>, so fand man dann gerade darin die Ursprünge der Aufstände von 1848<sup>208</sup>. Nun war wieder Thuns Absicht, durch die dagegen eingesetzte Historische Rechtsschule zu einer romantisch-katholischen Gesinnung zu führen, letzten Endes gescheitert. Im Gegenteil wurde so für den eindringenden Liberalismus „eine Bresche geschlagen“<sup>209</sup> und schon die von Thun dafür gewonnenen Professoren gehörten wie etwa Unger dem liberalen Großbürgertum an<sup>210</sup>. Mit der Zeit waren dann „Bekanntnis zum Liberalismus, Ablehnung des Vatikaniums I und der Politik Roms und des Episkopates Voraussetzungen, um in den Kreisen der Universität als tragbar anerkannt zu werden“<sup>211</sup>. So groß aber gerade der Einfluß der von Unger getragenen Historischen Schule auf die Erneuerung der österreichischen Privatrechtswissenschaft war, fand diese dann doch andere, eigene Wege.

Nach Erlaß des ABGB zunächst auf Wortauslegung und ängstliche Exegese beschränkt, wurde sie durch die Historische Rechtsschule wohl bereichert, nahm aber auch deren Schwächen an, „Begriffsakrobatik“ und „Entfremdung vom Gesetz“<sup>212</sup>, bis in den siebziger Jahren in „leicht historischer Betrachtungsweise“ auf die Entstehungsgeschichte des ABGB mit seiner naturrechtlichen Komponente und zum Gesetz selbst zurückgegangen wurde<sup>213</sup>. Die Rechtsphilosophie bekam erst wieder nach dem Ersten Weltkrieg Gewicht und mit der Neuscholastik wurde in Österreich besonders durch Alfred Verdross der Anschluß hergestellt, nach dem Zweiten Weltkrieg durch Klein-Bruckschwaiger<sup>214</sup>.

Im „Geist der Gesetzgebung“ hatte schon Phillips einen Ersatz für das ihm mißliebige „vermeintliche Naturrecht“ gesucht<sup>215</sup>. Hätte er einmal gefragt und erfahren, welche Rolle die natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB in der Rechtsprechung spielten, wäre er vielleicht überrascht und beruhigt gewesen. Sie wurden nur als „Hilfsmittel der Rechtsanalogie“ herangezogen, wie z. B. schon 1831 ein Lehrbuch besagte und nachher von Unger als bereits bestehende Übung weitergetragen wurde<sup>216</sup>. Dabei blieb es auch im wesentlichen und in der Recht-

<sup>207</sup> Lentze: Naturrecht 38 f., 40.

<sup>208</sup> Ogris 449 f., 452 u. passim.

<sup>209</sup> Lentze: Naturrecht 43. — Ders.: Universitätsreform 269 u. passim.

<sup>210</sup> Ogris 490.

<sup>211</sup> Lentze: Die österreichischen Universitäten als Nebenschauplatz im österreichischen Kulturkampf. Festschrift für N. Grass. 1974, S. 360, zitiert nach W. Doskocil, in: Archiv für kath. Kirchenrecht (1979) 255.

<sup>212</sup> Ogris 492.

<sup>213</sup> Ogris 457, 492.

<sup>214</sup> Lentze: Naturrecht 44 — siehe Anm. 181, 39.

<sup>215</sup> Siehe Anm. 189.

<sup>216</sup> Winigarter, Joseph: Das Österr. Bürgerl. Recht. Bd. 1. 1831, S. 81 f. — Unger, Joseph: System des allgem. österr. Privatrechts. Bd. 1. 1856, S. 70 u. passim in: Schott, Clausdieter: „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Berlin 1975. — Martini hatte seinen ABGB-Entwurf stärker mit Naturrecht ausgestattet und gerade

sprechung der k. k. höchsten Gerichte war kein Fall zu finden, in dem die natürlichen Rechtsgrundsätze „irgend einen eigenen extra- oder überpositiven („Rechts“)-Grundsatz zum Durchbruch zu verhelfen, herangezogen wurden“<sup>217</sup>. Bis 1900 wurden überhaupt nur drei Entscheidungen veröffentlicht, die sich auf § 7 ABGB berufen<sup>218</sup>.

Schon vor der Historischen Rechtsschule hatte der Rechtspositivismus eingesetzt und saß umso tiefer. Zeiller hatte wohl gegen den Nachdruck der Werke Schillers das Naturrecht anstelle eines gesetzlich noch nicht verankerten Urheberrechtsschutzes herangezogen<sup>219</sup>, lehnte es aber dann nach dem Erscheinen „seines“ ABGB als Kühnheit ab, „sich gegen alle bürgerliche Ordnung zum Richter über die Gesetze aufzuwerfen“<sup>220</sup>. Im Gegensatz zu der naturrechtsfremden und wesentlich von der Generalklausel Treu und Glauben ausgehenden Rechtsprechung des Deutschen Reiches wagte man in Österreich nicht einmal der Inflation nach dem Ersten Weltkrieg durch eine anpassende Rechtsprechung zu begegnen<sup>221</sup>.

Der Sieg der Historischen Rechtsschule über das Naturrecht war überdies kein reiner Fortschritt, sondern ein Rückgriff auf schon Dagewesenes. Zunächst hatte das Naturrecht seit Grotius das aus dem Mittelalter als Grunddisziplin der Juristenausbildung übernommene römische Recht überrundet. Durch Reformen seit der Mitte des 17. Jahrhunderts hatte man immer mehr im Sinne der sogenannten Nationalerziehung danach gestrebt, an den Universitäten vom Naturrecht aus das Praktisch-Nützliche mitzugeben<sup>222</sup>.

Gerade das war nun wieder dem Naturrecht so verübelt worden<sup>223</sup>. Und das vor rund einem Jahrhundert aufgegebene römische Recht wurde dann durch historisches, meist römisches Recht ersetzt.

„Praxisnahe und praxisbezogen“ wollte man dann 1977 wieder in Österreich das Studium der Rechte haben und löste die Thunsche Reform ab 1. Januar 1981 ab<sup>224</sup>. Anderwärts wurde überhaupt der „Funktionsgerechtigkeit der Ausbildung“ ein verfassungsrechtlicher Rang zuerkannt<sup>225</sup>.

---

das wurde von Zeiller zum Großteil entfernt (Korkisch, Fr.: Die Entstehung des öst. ABGB. Zeitschrift für ausl. und internat. Privatrecht (1953) 264 f., 292).

<sup>217</sup> Gampl, Inge: Die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ in der Judikatur der k. k. höchsten Gerichte. Festschrift für Heinrich Demelius. Wien 1973, S. 50 f., 61.

<sup>218</sup> Dnjestrzanski in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. Bd. 2. Wien 1911, S. 7.

<sup>219</sup> Fischer-Colbrie: Eine Episode in Zeillers Leben. Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. Bd. 1. Wien 1911, S. 297.

<sup>220</sup> „... und unter dem Vorwande, daß sie mit den natürlichen nicht übereinstimmen, selbe verschmähen zu wollen. Dem redlichen Manne, der, nach genauer Prüfung, von der Widerrechtlichkeit eines Gesetzes überzeugt zu seyn glaubt, ziemt es bloß, seine Gründe dem Gesetzgeber vorzulegen.“ Zeiller, F. von: Kommentar über das ABGB. Bd. 1. Wien-Triest 1811–1813, S. 6.

<sup>221</sup> Sammlung der Entscheidungen des OGH XII, 63 vom 13. 3. 1930.

<sup>222</sup> Coing 34 u. passim. — Siehe Anm. 90.

<sup>223</sup> Siehe oben z. B. Anm. 137.

<sup>224</sup> Stadler, Gerhard: Die Neuordnung des Rechtsstudiums in Österreich. Juristenzeitung (1977) 433 f.

<sup>225</sup> Pestalozza, Christian: Ausbildung und Beruf des Juristen — Verfassungsrechtliche Konturen. Juristenzeitung (1979) 397 f., 381.

Andere Wege, als Thun sie anstrebte, führte die Historische Schule auch im politischen Bereich. Sie brachte mit dem Nationalismus das Böhmisches Staatsrecht, einen Sprengkörper des Vielvölkerstaates Alt-Österreich <sup>226</sup>.

## 9.

Thuns Reform wurde verschieden, meist günstig beurteilt <sup>227</sup>, aber jedenfalls dadurch bestätigt, daß sie einviertel Jahrhundert Bestand hatte und darüber hinaus weiter nachklingt. Erst die Reform von 1977 drängte den historischen Teil — von früher vier und dann drei Semestern — auf zwei Einführungssemester mit einer ersten Diplomprüfung als bescheidenen Rest zurück. Statt der früheren Fächer Institutionen und Privatrecht gibt es neben einer allgemeinen Einführung in die Rechtswissenschaft nur römisches Privatrecht. Statt wie früher in einen juristischen und einen staatswissenschaftlichen Teil mit je einer eigenen Staatsprüfung wird der Stoff der übrigen sechs Semester mit einer einheitlichen zweiten Diplomprüfung beendet, auf die dann ein auf ein Teilgebiet beschränktes Doktorat folgen kann <sup>228</sup>.

Nicht so unerbittlich wie mit dem Naturrecht war Thun mit der Prüfungsordnung vorgegangen. Die bisherigen Annuarprüfungen wurden nicht durch die einheitliche und einzige Staatsprüfung des preußischen Vorbildes als Studienabschluß ersetzt, sondern drei Studienabschnitte mit je einer eigenen Staatsprüfung gebildet: als Einleitung und Grundlage der historische Teil mit vier, später mit drei Semestern, abgeschlossen durch eine Staatsprüfung als Vorbedingung für das Weiterstudium. Die beiden anderen Abschnitte liefen nebeneinander und schlossen einerseits mit der juristischen, andererseits mit der staatswissenschaftlichen Staatsprüfung ab. Daneben konnte durch drei Rigorosen das Doktorat „beider Rechte“ (juris utriusque: JUDr.) erworben werden <sup>229</sup>. Darauf folgte dann unmittelbar die Fachausbildung, aufgefächert nach Laufbahnen mit eigenem Vorbereitungsdienst und mit einer eigenen Fachprüfung, also ohne allgemeine Große Staatsprüfung <sup>230</sup>. Hier hatten Jarcke und Phillips zugestimmt <sup>231</sup>.

Trotz aller Ablehnung der österreichischen Verhältnisse redete Jarcke an seinem Lebensende doch einer Mittellösung das Wort: Wenn auch das Festhalten „an dem

<sup>226</sup> Slapnicka, H.: Österreichische Rechtsgeschichte als Geschichte multinationaler Lösungsversuche. Festschrift für Hermann Eichler 540.

<sup>227</sup> Lentze: Universitätsform 283 f. — Selbst Thuns Gegner Friedjung bekennt von dessen Epoche, daß sie „alles in allem vielleicht die glänzendste der österreichischen Unterrichtsverwaltung bleibt“ (Hugelmann 109). Der Schulrat Stifter rügt dagegen „Unzulänglichkeit in der Leitung der Volksbildung“. (Brief an Rizi vom 21. 1. 1861, Zeitschrift d. A. St.-Inst. d. L. O.—Ö 2 (1953) 20.

<sup>228</sup> Stadler.

<sup>229</sup> Ogris 454 f.

<sup>230</sup> Der spätere Bezirkshauptmann mußte sich mit den Feinheiten des Streitverfahrens nicht befassen und der spätere Richter nicht mit denen des besonderen Verwaltungsrechts. Das war dem ähnlich, was jetzt als „Rechtsstudium in Blockeinheiten“ empfohlen wird. — Vogel, Klaus in: Juristenzeitung (1970) 15 und Braun, Manfred ebenda 1978, 557 f.; es findet sich teils Rechtsgeschichte als Einführung, teils die dem Naturrecht nahe Soziologie (oben Anm. 28).

<sup>231</sup> Lentze: Universitätsreform 236 f.

vormärzlichen Unterrichtssystem barer Unsinn wäre, ... mußte die Annahme des norddeutsch-protestantischen Vorbildes in Bausch und Bogen bedenklich und unpraktisch, ja unmöglich erscheinen“ <sup>232</sup>.

So heftig ferner Phillips die in Österreich immer noch angewandte praktische Methode als oberflächlich und langweilig ablehnte <sup>233</sup>, ließ er sie doch wenigstens mitgelten: „Einseitig verfolgt, führt jede der drei Methoden, die praktische, historische und philosophische zu gefährlichen, nachhaltig wirkenden Irrtümern.“ Liebe zu Wissenschaft und Beruf mit rechter Gesinnung werden „nur dadurch erreicht, daß das Studium der Rechtswissenschaft auf einer richtigen Verbindung jener drei Methoden beruht“ <sup>234</sup>.

Hatten die beiden etwas von österreichischer Verbindlichkeit dazu gelernt? Von Thun? Da kommen ihnen auch die alten Herren, ihre Gegner, entgegen.

Baumgartner hatte eingeräumt, es solle doch „einer historischen Begründung mehr Aufmerksamkeit zugewendet werden“, jedoch sei dabei eine rationalistische Auffassung nicht auszuschließen <sup>235</sup>. Rationalität kann dabei als das eben nur noch rationale Naturrecht und Philosophie verstanden werden. Ähnlich lautete es im Entwurf einer A. H. Entschließung Kübecks <sup>236</sup>.

So hatte sich der Widerstand der beiden weniger gegen das historische Element als gegen die Einseitigkeit gerichtet <sup>237</sup>. Die oft übersehenen konservativen Züge der alten Josephiner besagen, daß man nicht einseitig fortschrittlich und nicht einseitig reaktionär sein wollte, sondern alt und neu zu verschmelzen suchte <sup>238</sup>.

Die Philosophie trat wohl mehr in den Hintergrund, aber in dem so geschaffenen Studienplan war, wie gesagt, der historische Teil nur Einleitung und Vorbereitung auf den praktischen Teil, das geltende Recht mit dem traditionsgetreu beibehaltenen staatswissenschaftlichen Teil einschließlich Volkswirtschaft <sup>239</sup>.

Zu diesem dritten Weg zwischen zwei Einseitigkeiten kann aus eigener Erfahrung gesagt werden: Das geltende Recht trat einem nicht einfach als das nun Gegebene, Einmalige, einzig Mögliche entgegen. Die historische Vorschulung brachte fast noch einen Schuß Naturrecht mit, indem man sah, wie man anderwärts den gleichen Problemen, Dingen gerecht zu werden suchte. Nach dieser Gesamtschau fragte man sich, welche Lösung das geltende Recht gewählt hatte und erst so gab meist das römische einen Anhalt. Es blieb ein Sinn für andere, geänderte Verhältnisse, und das Recht des Deutschen Reiches wurde nicht übersehen. Mayr-Harting

<sup>232</sup> Denkschrift „Die österreichischen Universitäten“ 1852 bei L e n t z e : Universitätsreform 193.

<sup>233</sup> P h i l l i p s : Verm. Schr. II, 506.

<sup>234</sup> E b e n d a II, 512.

<sup>235</sup> Memoire vom 12. 3. 1854 bei L e n t z e : Universitätsreform 343.

<sup>236</sup> L e n t z e : Universitätsreform 345: „Da endlich weder die Thatsache als solche, noch die rationelle Abstraction allein und für sich für das Recht und für die inneren und äußeren Staatsbeziehungen wissenschaftliche Grundlagen biethen; so ist die historische mit der rationellen Methode angemessen zu vereinigen.“

<sup>237</sup> O g r i s 454.

<sup>238</sup> V a l j a v e c, Fritz: Die josephinischen Wurzeln des österreichischen Konservatismus. SOF 14 (1955) 166 f., 168.

<sup>239</sup> L e n t z e : Universitätsreform 239.



ging so weit, den Stamm des einstmaligen gemeinen, römischen Rechts nun im deutschen BGB von 1900 zu sehen <sup>240</sup>.

Diese Weite half zu der erforderlichen Beweglichkeit, als sudetendeutsche Juristen nach dem Anschluß und erst recht als Heimatvertriebene in das deutsche Rechtsleben Eingang finden mußten und fanden.

Thuns Öffnung zum Reich hin kam auch auf zwei Deutschen Juristentagen in Wien zum Ausdruck: 1862 und 1912 <sup>241</sup>.

Der hier über 1866 hinaus weiterlebenden Gemeinsamkeit entsprach ferner der Austausch von Rechtslehrern und zwar wurden nicht nur — wie unter Thun — Reichsdeutsche nach Österreich berufen, sondern auch umgekehrt. Der sudetendeutsche Jurist freute sich, so in der Vertreibung eine Art geistige Heimat und Heimatrecht zu finden. Als der Verfasser in jenen Jahren einmal dem Justizminister des damaligen Landes Württemberg-Baden in Stuttgart Dr. Joseph Beyerle eine Auswahl davon vortrug <sup>242</sup>, ergänzte dieser in einer Atempause: „... und Strohal in Leipzig.“ Dieser Einheimische wußte also in der Richtung noch mehr. Das war kein Regelfall und es geschah gegen die Meinung seiner Mitarbeiter, als Beyerle, damals insofern für die US-Zone „federführend“, erwirkte, daß die Ausbildung der aus den österreichischen Nachfolgestaaten stammenden heimatvertriebenen Juristen als gleichwertig anerkannt wurde <sup>243</sup>.

Dieser Ausschnitt eines böhmischen Beitrages zur österreichischen Rechtsgeschichte gibt mancherlei Einblicke.

Es muß jedenfalls nicht allein an der Prager Universität gelegen haben, daß Thun mit dem, was er dort hörte, nicht zufrieden war und durch Selbststudium zu der im Reich herrschenden Historischen Rechtsschule fand. Deren Ablehnung des Naturrechts bestimmte ihn dann, es mit Kraft und Geschick aus den österreichischen Lehrplänen zu entfernen. Freilich vielfach verwaschen und verfärbt, hatte es seit der Aufklärung die Aufgabe gehabt, in das Studium des positiven Rechts einzuführen. Gerade die so heftig angegriffenen „natürlichen Rechtsgrundsätze“ des § 7 ABGB gingen aber noch auf Martini mit seinem Anschluß an das christliche

<sup>240</sup> Mayr, Robert: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. 1. Reichenberg 1923, S. 20 mit Hinweis auf Wellspacher: Die Zukunft der Österr. Privatrechtswissenschaft. 1907.

<sup>241</sup> Siehe z. B. Festschau der Deutschen Juristenzeitung zum 31. Deutschen Juristentag in Wien. Berlin 1912.

<sup>242</sup> Aus dem Reich in den letzten Jahrzehnten in Prag: August Köhler, Helmut von Weber, Wilh. Ludewig, Robert Neuner, Hans Großmann-Dörth; aus Österreich ins Reich, teils über Prag: Heinrich Brunner in Berlin, Franz Exner in München, Georg Jellinek in Heidelberg, Rudolf von Laun in Hamburg, Franz von Liszt in Berlin, Adolf Merkel in Tübingen, Ludwig Mitteis in Leipzig, Ernst Rabel in Berlin, Marian San Nicolò in München. Entscheidende Jahre verbrachte in Wien Rudolf von Jehring und wiederholt erhielt der Schöpfer der österr. Zivilprozeßreform Franz Klein einen Ruf nach Deutschland. Es scheiterte nur an besonderen Umständen, daß Robert Mayr-Harting in Prag nicht Nachfolger des damals angesehensten deutschen Romanisten Martin Wolff wurde.

<sup>243</sup> Gesetz Nr. 929 vom 2. 6. 1948. Regierungsblatt Württemberg-Baden. 1948, S. 91 f.

Mittelalter zurück<sup>244</sup> und hätten Thuns Absicht dienen können, über die romantisch-konservative Richtung der deutschen Rechtsgeschichte zu einer katholisch-konservativen Haltung zu führen<sup>245</sup>.

Anderweitig erbrachte Thun in Zusammenarbeit mit seinen Josephinern sachgerechte Mittellösungen von bleibendem Wert.

---

<sup>244</sup> Schott 16.

<sup>245</sup> Lentze: Graf Thun 501. — Ders.: Die romant.-kons. Richtung 44.